

Bibliothèque numérique ASSAS.NET
www.assas.net



Introduction à l'histoire du droit

Licence 1 Droit – Madame le Professeur Demare-Lafont
2012-2013

www.assas.net

Remerciements

ASSAS.NET souhaite remercier, très sincèrement, Madame le Professeur Demare-Lafont de contribuer à cette opération et de donner ainsi aux étudiants les outils nécessaires pour assurer leur réussite.

AVERTISSEMENT

Les Professeurs et Maîtres de Conférence ne sauraient être tenus responsables d'une erreur ou d'une omission au sein des documents proposés, réalisés par les étudiants, relus et mis en page par ASSAS.NET. Leurs contenus ne sont en aucun cas cautionnés par les Professeurs et Maîtres de Conférence. Ces documents ne peuvent pas être considérés comme supports uniques de révision pour les examens.

SEUL le cours dispensé oralement dans les amphithéâtres de l'Université Paris II est utilisé comme référence pour les examens, sauf mention EXPRESSE du Professeur concerné.

CONDITIONS D'UTILISATION

Cette page est un résumé des conditions d'utilisation de ce document.
La version intégrale est disponible sur www.assas.net

Responsabilité	• Le Professeur dont le cours est l'objet de ce document n'en est pas l'auteur. S'il autorise sa diffusion, il ne cautionne en aucun cas son contenu. • ASSAS.NET ne certifie en aucun cas la conformité de ce document avec le cours dispensé à l'Université.
Diffusion	• La diffusion de ce document est interdite. Renvoyez les étudiants intéressés vers le forum ASSAS.NET (www.assas.net/forum) ou vers le local de l'association ASSAS.NET (local 11, 92 rue d'Assas, 75006 Paris). • La revente de ce document est strictement interdite.
Utilisation	• Ne revendez pas ce polycopié. • Ne modifiez pas ce document. • Ne manquez aucun cours. • En cas d'impression, imprimez en recto verso afin de réduire le coût écologique

Un plan de cours se trouve à la fin du document.

INTRODUCTION

Le but de ce cours est d'expliquer pourquoi notre droit est constitué par des lois, pourquoi il est laïc. Il s'agit d'un éclairage chronologique sur le concept juridique, les notions, tout ce qui constitue le droit actuel. R

Il s'agit de comprendre et expliquer le droit dans lequel nous vivons, de présenter les racines du droit français, son processus de formation. Non pas du contenu, mais des sources qui ont façonné ce droit.

Ces sources reposent sur un schéma antique. Nous allons observer l'évolution de ce système antique au Moyen Age, par l'Église et par le Roi, puis comment il a été concurrencé par d'autres sources comme la coutume, et finalement, comment toutes ces composantes se sont harmonisées, ont fusionnés dans les codifications Napoléoniennes.

Nous allons partir du VI^{ème} siècle après JC, avec l'empereur Justinien (empire byzantin), pour arriver au début du XIX^{ème} siècle sous Napoléon.

→ Le droit français est donc le produit d'influences diverses. Il illustre les formations d'un système juridique, comparable à d'autres villes d'Europe. Ce modèle et ses semblables se distinguent d'autres systèmes juridiques aux approches totalement différentes. Il ne s'agit pas d'un modèle universel, c'est le produit de notre histoire. Il existe de multiples systèmes juridiques, et de multiples conceptions du droit.

§1 La diversité des systèmes juridiques

Il y a, dans l'ensemble des systèmes juridiques au niveau mondial, 4 grandes familles de droits.

La première famille est celle des droits fondés sur la civilité, c'est-à-dire les droits fondés sur les rites sociaux et règles de comportement (ex : Chine et Japon). Dans ces systèmes, on règle des conflits moins par le procès que par les règles morales ou les usages sociaux. On va chercher hors du champ du droit à proprement dit les outils de règlement des conflits (notion de respect, hiérarchie).

La deuxième famille concerne les droits fondés sur l'oralité (principalement en Afrique Noire, en Océanie et chez les Indiens d'Amérique). Dans ces sociétés (que les anthropologues appellent traditionnelles), le principal mode de règlement des conflits est la conciliation, la recherche d'un consensus. On l'obtient par la négociation, la discussion. On parle pour arriver à un terrain d'entente, une satisfaction commune. Les puissances coloniales ont superposé à ces droits oraux les droits coloniaux.

La troisième famille est celle des droits fondés sur la religion. Il y en a 3 :

- le droit Hindou, qui est fondé sur une révélation et qui organise les règles applicables selon les castes. Même si il a officiellement disparu, il reste une référence majeure. Ce système détermine toutes les relations sociales
- le droit musulman, fondé sur le Coran et sur la Sunna, et sur ce socle, ont été ajoutées des règles très diverses qui correspondent à la diffusion de l'Islam hors du proche Orient. Ce droit est donc appliqué différemment en fonction des régions.
- le droit talmudique, fondé sur la Bible, enrichit lui aussi par les commentaires des Rabbins dans le Talmud. Ce droit est appliqué par la communauté juive, mais sur la base du volontariat. Il n'y a qu'en Israël qu'il s'agit d'un droit positif.

Ces trois familles ont en commun de faire du droit une modalité de la vie sociale ou religieuse. La règle juridique n'est pas, techniquement, distinguée des règles morales ou religieuses. C'est un aspect de ces règles.

La quatrième famille juridique, celle des droits occidentaux a une approche beaucoup plus technique des

droits. Ici, la règle de droit est un outil spécifique pour réguler les relations sociales. Sa particularité tient de la mise en place d'un arsenal de règles qui ont une existence propre, mais qui se conçoivent pour elles mêmes. C'est à cette famille que nous allons nous intéresser.

Il y a deux types de systèmes juridiques occidentaux : les droits fondés sur la loi, et ceux fondés sur la jurisprudence

A) Les droits fondés sur la loi

Cette sous famille de système juridique est la plus répandue dans les pays d'Europe. Elle s'inscrit dans un schéma historique qui associe très étroitement la construction de l'unité politique et la codification. Ils s'appuient beaucoup sur le droit romain, c'est pourquoi on les nomme les droits romanistes (ou éventuellement droits romano-germaniques).

1) La France

Le système juridique français s'est formé sur la longue durée dans un mouvement qui va du **pluralisme vers l'unité**.

Le pluralisme juridique au Moyen Age est reflété par la multitude des coutumes, des juridictions, des statuts, et la multitude des détenteurs de l'autorité. A partir de la Révolution, le droit devient uniforme. Il est centré sur la primauté de la loi et de l'État centralisé. La France a donc une double culture légaliste et centralisatrice. Cette double culture triomphe à la révolution mais a été préparée à partir du XVI^{ème} siècle par l'action de la royauté. C'est à cause de cette ancienneté que l'on a du mal à décentraliser.

La culture juridique française repose sur une conception qu'on appelle moniste (mono = unique), ou étatique du droit. Cela signifie que le seul producteur de droit est l'état. L'état produit des lois identiques pour tous, et des lois connues de tous. C'est le principe de publicité.

Cette approche moniste du droit fait reposer le droit principalement sur la loi, la principale source du droit. Elle prédomine depuis la révolution, car cette révolution a abolit toutes les formes de pluralisme juridique. La révolution de 1789 pourrait être résumé dans la suppression de toutes les formes de pluralisme juridique. La suppression des privilèges, des corporations, de la féodalité. C'est finalement toutes les situations qui créaient de l'inégalité entre les individus. L'objectif était de créer l'égalité par le droit, d'abolir toutes les distinctions au niveau des droits.

Désormais, depuis la révolution, l'état monopolise les deux principales activités d'association à la fonction juridiques qui sont être valables pour tous, et rendre la justice en fonction des lois. L'objectif des révolutionnaires était de lutter contre les différences, qui étaient ressenties comme des inégalités potentielles. Il s'agissait de créer une unité nationale pour éviter le retour à l'ancien régime, le rétablissement des inégalités.

Dans cette perspective, l'État a été présenté comme le seul ordre juridique légitime et souverain. C'est la vision notamment de Carré de Malberg (début de 20^{ème}). Il dit qu'il n'y a pas de droit sans état. Et comme il n'y a pas de droit sans état, il n'y a pas de loi en dehors des sociétés créées par l'état. A la même époque, un juriste autrichien (Frank Kelsen) va plus loin, et considère que l'état et le droit sont une seule et même chose. Pour définir l'état, on a forcément recours à des notions juridiques. État = population, territoire, puissance publique.

En France, cela se rapporte aux codifications napoléoniennes : le code civil (1804), le code pénal (1810), le code d'instruction criminelle (1808). La codification de Napoléon fusionne des éléments issus de l'ancien droit (avant révolutionnaire), et des éléments issus du droit révolutionnaire. Napoléon a donc réalisé un compromis entre deux grandes époques juridiques, une œuvre transactionnelle. Par ce compromis, il a fait triompher le légalisme dans le droit français, en effet, cette codification est typique d'un système juridique qui accorde la primauté à la loi (la loi ici est la norme écrite par l'autorité souveraine), la loi comme source du droit.

2) L'Allemagne

Ce pays a une longue tradition d'unité politique, en effet, le saint empire romain germanique a duré à peu près 900 ans. Mais cette longue tradition a été entrecoupée de périodes de morcellement politique, notamment au XVI^{ème} siècle où des états sont devenus autonomes, mais aussi la division est/ouest de 1949.

A partir de 1871, un régime fédéral est instauré, il s'agit donc à partir de là (deuxième Reich) d'une tradition - tradition interrompue par le régime nazi 1933-1945. C'est dans ce cadre de fédéralisme que l'Allemagne a réalisé sa codification du droit en 1896 avec le BGB (code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch) et d'autres codes (procédure civile, pénale, commerce). Il y a donc à la fin du XIX^{ème} siècle un mouvement de codification.

La particularité du BGB est qu'il est très influencé par le droit romain, qui est le droit commun de l'Allemagne depuis le XVI^{ème} siècle. Ce droit se développe considérablement, et, au XIX^{ème} siècle se forme une école de jurisme, l'école des pandéctistes [(Pandectes, les compilations de Justinien) Pandecte = ce qui contient tout]. Le fondateur de cette école est un juriste nommé **Savigny**, professeur de droit romain à Berlin au début du XIX^{ème} siècle. Il enseignait ce droit comme un droit pratique, c'est-à-dire un droit qui pouvait être appliqué par les juristes. L'objectif de cette école était d'adapter le droit romain à la société actuelle. Le BGB se situe dans cette perspective. L'idée de Savigny était de dire, au contraire des juristes français, l'état ne crée pas le droit, c'est le peuple qui le crée à travers la coutume. A partir du XVI^{ème} siècle, ce sont les juristes qui vont créer le droit en représentation du peuple, à partir du droit romain. C'est donc l'héritage sur lequel on doit construire la codification.

La France et l'Allemagne ont eu une très grande influence en Europe & en dehors sur l'élaboration des codifications au XIX^{ème} siècle. Beaucoup de pays scandinaves ont la même influence juridique que la France et l'Allemagne, de même que certains pays d'Europe centrale.

La création et l'effondrement de l'URSS a perturbé considérablement la situation juridique. C'est pourquoi les pays d'Europe de l'Est et centrale sont en reconstruction avec des bases tirées de la France et l'Allemagne.

B. Les droits fondés sur la jurisprudence

Il s'agit des pays de Commonlaw. Dans ces pays, la création des droits est l'œuvre du juge, et non pas de la loi. C'est un système très ancien qui trouve son origine dans l'Angleterre du XI^{ème} siècle. A cette époque, ce pays est dominé par la féodalité, il y a donc en même temps plusieurs détenteurs de l'autorité politique : le roi et les seigneurs. Les seigneurs sont donc chacun des souverains sur les terres conquises militairement.

Le roi a toujours conservé une forte autorité politique. C'est donc à l'initiative du roi qu'est créé ce système de Commonlaw. Grâce à ce système, le roi impose le recours à ses propres juges pour trancher les litiges. L'objectif est de consolider son autorité politique en encourageant les plaideurs à aller présenter les litiges devant un juge royal. Il s'agit de réaliser une unification du droit. Chaque seigneur applique le droit qui lui semble le meilleur.

Ce système de Commonlaw réunit donc le droit par la jurisprudence (activité des juges), plus particulièrement par la procédure.

Le droit de Commonlaw est donc assez technique, assez complexe, et repose sur les règles de mise en œuvre du procès. Le principe est assez simple : le roi délivre à ceux qui le demandent une autorisation de plaider devant ses juges. Cette autorisation se nomme le « writ » (littéralement, l'écrit). Ce writ est l'action en justice que donne le roi à un plaideur, c'est un ordre royal assez court qui dit au juge comment trancher le litige. C'est donc la décision que donne le roi, et le mode d'emploi pour l'appliquer. Le juge explique l'ordre au plaideur, et si un des plaideurs refuse l'ordre du roi, l'autre peut agir en justice devant le tribunal royal pour désobéissance royale.

Ce système se développe à partir de la fin du XI^{ème} siècle et se développe continuellement jusqu'au début du XIII^{ème} siècle. Le roi délivre donc de plus en plus de writs. Au XIII^{ème} siècle, il se stabilise jusqu'à se figer complètement. Le stock des actions délivrées par le roi n'augmente plus.

A partir de ce moment, la royauté est arrivée au bout de son possible. Le relais est donc pris par les juges et les avocats. Ils vont rédiger des recueils de décisions classés par année (« year books »), et ce jusqu'au début du XVI^{ème} siècle. L'intérêt est que le praticien peut retrouver les cas similaires qui serviront de base à une sentence. Dans cette masse d'actions délivrées par la royauté, les praticiens mettent de l'ordre. Parallèlement, les juridictions se détachent du roi et deviennent indépendantes. Les juges qui appliquent ce droit à l'origine royale deviennent des juges autonomes, indépendants. Ce sont eux qui ont élaboré une jurisprudence uniforme pour toute l'Angleterre, puisqu'ils ont finalement systématisé les « writs ». C'est pour cette raison qu'on appelle ce droit d'origine jurisprudentielle le « Commonlaw », ça signifie droit commun.

Le droit commun peut signifier le droit commun romano germanique, ou le droit commun coutumier. Il y a donc un risque de malentendu sur cette traduction, c'est pourquoi on utilise le mot anglais.

Les particularités de ce Commonlaw sont doubles. Tout d'abord, il s'agit d'un droit très technique organisé autour de la procédure. Cela signifie que la décision finale, et même l'ensemble du procès, est conditionné par la

régularité de la procédure. Ensuite, seule l'existence préalable d'une action en justice permet de faire reconnaître un droit. Un adage du Commonlaw résume cette particularité : « Remedies preceed rights » (les actions précèdent les droits). C'est l'inverse du système français.

Ce système présente deux inconvénients majeurs : tout d'abord, il apparaissait des situations de blocage : pas de situations précédentes similaires, donc pas de solution. On admet donc à la fin du XV^{ème} un recours au roi. Ce recours est à l'origine exceptionnel, et présenté au chancelier (ministre de la justice) qui jugeait au nom du roi. Mais sur quelle base le chancelier pouvait-il juger ? Le jugement était rendu en équité (« equity » en anglais), c'est-à-dire que le chancelier recherche la solution juridique adaptée à chaque affaire. Rapidement, l'équité est apparue comme un avantage indéniable, c'est donc devenu un système juridique complémentaire du Commonlaw.

Le deuxième inconvénient tient de l'origine jurisprudentielle de ce droit. Il n'a pas de portée générale, il a donc des lacunes, et le juge dans ce système émet des opinions, qui ne sont pas des règles de droit. Cette opinion est donc discutable. Il y a donc un réel problème d'autorité de ce droit. Pour y remédier, on a, au XIX^{ème} siècle, élaboré la règle du précédent. Cette règle consiste à dire que la décision rendue par une juridiction supérieure s'impose à tous les juges (dans le cas d'affaires similaires). Ces décisions prennent donc la valeur des règles de droit. De cette manière, on maintient l'unification du droit, et on rend ces manœuvres opposables aux autres juges.

Dans ce système juridique, il est clair que la législation (« statute law ») a une place secondaire dans l'histoire du Commonlaw, c'est ce qui explique le faible intérêt des anglais pour la codification. La tradition juridique anglaise est orale et non pas écrite. Jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle, ils avaient très peu de lois. Il y a une systématisation du droit privé, et ce avec des lois. Malgré cette systématisation, il n'y a toujours pas de codification, de constitution écrite.

Ce système a été exporté aux USA, mais depuis l'indépendance américaine, il a connu une évolution autonome, puisque les USA sont dotés d'une constitution écrite, et d'une constitution propre à chaque état. Il y a donc un système juridique assez diversifié. Cela est due au travail de la Cour Suprême, qui montre la prépondérance de la jurisprudence, du juge dans le système américain.

En conclusion, on voit que les systèmes juridiques occidentaux ont une conception étatiste et uniforme du droit. Au contraire, des autres familles juridiques que nous avons évoquées qui ont des conceptions pluralistes et sociales du droit. Il y a donc des droits fondés sur la loi, et des droits fondés sur le juge.

§2 La diversité des définitions du droit

A. Étymologie

Le mot « droit » vient du latin « directum » qui a donné direct, direction. C'est cette racine qui s'impose dans notre vocabulaire à partir du XIII^{ème} siècle. Ce mot "droit" se répand et tend à remplacer le mot savant « ius » qui désigne aussi le droit. Dans le mot "droit", il y a l'idée de rectitude. Ce qui est droit c'est ce qui n'est pas tordu. Le mot tordu vient également du latin « tortum », ce qui a donné aussi le tort, ce qui cause un préjudice. La langue anglaise utilise le mot tort pour désigner le dommage. Dans l'idée de droit il y a donc le contraire du tordu. L'image renvoyée par le mot droit est donc rectiligne, verticale. C'est cette racine que l'on retrouve dans la plupart des langues européennes pour désigner le droit (italien, espagnol, allemand, anglais... -reicht, right...). Cette racine fait référence à la conduite, au comportement, un comportement loyal, moral. Dans ce mot « droit », il y a donc une connotation morale.

Au XIII^{ème} siècle, quand ce mot se répand, il se répand sous l'influence de la doctrine de l'église chrétienne et cette doctrine s'inspire d'un des pères de l'église, St Augustin qui considère que le droit s'assimile à la morale chrétienne. Les lois humaines doivent donc inciter à la vertu. Il y a une connotation morale très forte dans ce mot droit emprunté à la doctrine chrétienne sur la vertu, la finalité du droit qui doit tendre à la morale chrétienne. La première fois que l'on rencontre le mot « dreit », c'est en 842 dans un traité carolingien. Ce mot désigne alors ce qui est moral et équitable, c'est ce qui doit régir les relations entre les hommes. Dans la plupart des pays d'Europe, quand ce terme va se diffuser, c'est sous l'influence de la religion.

Le mot « ius » quand a lui, a aussi donné beaucoup de terme en français : juge, jugement, juste, juridiction... tous ces dérivés renvoient à la parole, à quelque chose qui se dit. Par ex, le terme juger vient du latin « iudicare » c'est-à-dire littéralement "dire le droit". De même, le verbe "jurer" vient de « iurare », c'est-à-dire prononcer une parole qui engage. Il y

a donc un rapport au lexique du discours, discours solennel et impérieux. Le droit est donc concerné dans sa partie orale, prononcée. C'est dans ce cadre étymologique que ce sont développées les définitions du droit.

Sur cette question des définitions du droit, il y a eu beaucoup d'évolution. Nous allons nous intéresser à l'évolution depuis le début du XXème siècle

Du XVI-XVIIème jusqu'au début du XXème, la vision qui prédomine est étatiste et légaliste. Par la suite, cette approche a été concurrencée par les sciences sociales (sociologie mais aussi anthropologie). On a donc vu s'affronter deux conceptions du droit : une conception uniforme et légaliste contre une conception pluraliste et sociale.

B. Légalisme contre pluralisme

Le légalisme est l'approche qui insiste sur la suprématie de la loi, qui a été contestée au début du XXème siècle par les juristes, notamment **François Gény**, qui attaque « le fétichisme de la loi » (les juristes accordent trop d'importance à la loi en elle même), et affirme que le droit est aussi élaboré par la vie sociale, et par la réflexion des juristes. Il affirme donc qu'il y a du droit en dehors de la loi, en s'appuyant sur les études de la sociologie et de l'anthropologie, et ces disciplines distinguent le droit des textes juridiques et le droit des faits réels. Cette nouvelle approche a donné naissance dans la première moitié du XXème siècle à plusieurs écoles. Ex aux USA, le réalisme juridique qui consiste à dire que la loi n'est pas centrale dans un système juridique, ou encore « le droit vivant » lancée par un autrichien, qui suppose le droit crée en dehors d'une institution, c'est le droit qui n'est pas verbalisé juridiquement. C'est donc le droit qui n'est pas dans les textes juridiques. Il est aussi question de « droit spontané » (Italie), crée en dehors des institutions.

Toutes ces approches se développent et mettent en avant l'idée de pluralisme en réaction au principe moniste, étatiste. On souligne le pluralisme et on met en avant le rôle décisif de ce que les sociologues appellent des forces sociales, pour créer du droit. On peut donc schématiser en disant que dans la conception légaliste, le droit vient 'd'en haut', de l'état. Au contraire, dans la conception pluraliste, le droit vient 'd'en bas', des gens.

Le problème de cette perspective pluraliste, c'est qu'on en arrive à dire que tout est droit, la règle morale, religieuse, disciplinaire, une approche vue notamment par Gurvitch au milieu du XXème qui disait que « Le droit est une expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice ». Quand les juristes définissent le droit, il y a un processus rationnel, de logique, de raison, alors que Gurvitch suppose un instinct, un sentiment.

Le principal défaut de l'approche pluraliste est de définir ce que l'on peut présenter devant un juge, et ce qui n'est pas nécessaire. On en vient alors à considérer que tout est droit, que tous les sentiments se valent. Ce point a été particulièrement dénoncé par un grand juriste, Jean Carbonnier (mort en 2003) qui nommait cette approche le panjurisme, et qu'il considérait comme un excès. A la place, Carbonnier proposait « l'hypothèse du non droit » c'est à dire qu'il y aurait des secteurs dans lesquels le pouvoir d'interdire n'appartient pas au droit, le droit n'a pas le monopole de la sanction. On peut sanctionner autrement que par le droit. (Voir Flexible droit de Carbonnier).

L'approche légaliste a aussi des inconvénients : la définition du droit est inexacte. Elle dit que le droit vient de l'état. L'anthropologie a cependant montré qu'il y avait des sociétés sans état qui avaient des droits (voir P. Clastres sur les Indiens d'Amérique). Par ailleurs, cette vision est réductrice. Elle considère que le droit se compose uniquement des textes juridiques. On sait notamment grâce aux travaux de Bourdieu que dans le droit, il faut inclure « les modes de production du droit ». Ce sont les discours, les pratiques, le vocabulaire, les manières de penser, de faire... Cette idée a été reprise par des historiens et des philosophes comme Legendre et Foucault qui ont utilisé cette idée de la sociologie pour montrer que les juristes ont fabriqué l'état en produisant un discours sur l'état. Ils ont considéré que l'état était ce qui a été produit par les juristes. Ils ont montré que les aspects formels de la formation du droit sont très importants, du fait de leur efficacité technique et de leur efficacité symbolique. Legendre et Foucault ont beaucoup travaillé sur les symboles juridiques. Il y a donc en lien avec les textes juridiques tout ce qui concourt à la production de ces textes.

Pour résumer, on pourrait dire qu'il y a deux manières de définir le droit : on peut définir le droit par sa sanction (définition des juristes), ou par sa fonction (définition des sociologues et des anthropologues : à quoi sert le droit?). Nous allons nous intéresser à la définition du droit par sa sanction, en développant l'aspect historique et en nous intéressant à l'accord décisif des Romains avec cette définition.

C. L'apport du droit Romain

C'est la définition la plus ancienne, que l'on retrouve chez Aristote au IV^{ème} siècle av JC, et qui a été reprise par Celse (II^{ème}) et Ulsien (III^{ème}). Par l'intermédiaire de romain, notamment Thomas d'Aquin au XIII^{ème} siècle, cette définition est passée dans le Moyen Age, et a été transmise dans la philosophie (grand usage par Kant au XIX^{ème}), et aussi au XX^{ème} siècle par Kelsen.

La règle de droit régit la vie en société. Pour distinguer la règle de droit des autres règles, on regarde la sanction, la règle juridique est celle sanctionnée par la puissance publique. Il y a dans cette définition un lien étroit entre le droit et l'état. C'est parce qu'on a cette définition du droit par sa sanction qu'on associe le droit à l'état. Dans cette définition, le droit est constitué par des règles posées et imposées par l'autorité publique, c'est pourquoi on parle de droit positif. Le droit positif n'est pas la seule perspective de la définition du droit, mais ce qui caractérise le droit, c'est que dans toutes les situations, c'est la puissance publique qui garanti la sanction et rend le droit applicable. C'est cette définition qui a été développée dans l'Antiquité et qui a traversé les époques.

1) La définition globale du droit

Les juristes romains ont réfléchi sur cette définition, deux juristes notamment ont donné une définition : Paul au III^{ème} siècle considérait que le droit, c'est ce qui est bon et juste. Cette idée reprend l'idée d'un juriste antérieur, Celse (II^{ème} siècle) qui disait que le droit est l'art du bien et du juste. L'art, du latin « ars » désigne une compétence, un savoir. Le droit selon Celse était donc la connaissance, la science du bien et du juste.

On trouvait déjà cette conception du droit chez Cicéron (avocat et homme politique mort en 43 av JC), il recommandait de faire du droit une science, c'est-à-dire un corps de connaissances organisé de manière systématique, à l'égal des maths ou de la physique. La finalité de cette science serait, toujours selon Cicéron, d'atteindre l'égalité, l'équivalence entre les individus.

Dans ces définitions, il y a deux éléments importants : pour les Romains, le droit est une technique, donc quelque chose de concret, de réel. Il ne faut pas considérer que les Romains avaient une approche théorique du droit, mais plutôt une approche pragmatique. Pour eux, le droit ne se définit pas en dehors de ses applications concrètes. Les juristes romains étaient des gens pratiques. Les savants du Moyen Age ont amplifié l'approche théorique.

La deuxième idée est que le droit ne s'applique pas mécaniquement. La finalité du droit est l'équité, la justice, par conséquent, dans un litige, la solution la meilleure sera la solution la plus juste. Cependant, la solution la plus juste n'est pas toujours celle de la règle de droit, elle peut aboutir à une injustice. Le droit romain admet donc que le juge puisse critiquer la règle de droit, du moment qu'il cherche à atteindre la justice, l'équité. Dans cette définition du droit, la procédure a un rôle central. Dans le Commonlaw, l'action précède le droit, tout comme dans le droit romain. C'est la procédure qui est déterminante, la loi à Rome joue un rôle tardif, secondaire. Le rôle central était détenu par un magistrat (attention, ce n'est pas un juge, mais une personne qui détient une charge publique), le préteur qui est chargé de la juridiction. Il n'a pas le pouvoir de créer des droits, mais il peut délivrer des actions qui protègent des situations particulières, et tant qu'il ne délivre pas d'action pour protéger telle situation, cette situation n'existe pas juridiquement (ex : la vente. En droit français, elle est encadrée par des lois d'obligation pour le vendeur et l'acheteur. A Rome, tant que le préteur ne donne pas une action au vendeur, le vendeur ne peut rien faire en cas d'arnaque de l'acheteur. Le contrat de vente a donc existé au moment où le préteur a donné une action au vendeur).

Le monde juridique s'est donc créé par ses actions délivrées par le préteur, c'est du litige que naît le droit à Rome. C'est donc un droit très souple qui s'adapte pour rechercher ce qui est juste. Celse considérait d'ailleurs que savoir le droit, ce n'est pas s'en tenir à ses termes, mais à sa force et à son pouvoir.

→ puisque le droit doit tendre vers le juste, qu'est ce que le juste ?

2) La définition romaine du juste

Cette définition a été donnée par un juriste nommé Ulpien (III^{ème} siècle). Il disait que le juste consiste à rendre chacun le sien « suum cuique tribuere ». Cela consiste à rendre à chacun ce qui lui revient selon sa place dans la société. De cette manière, on assure un équilibre dans la société, qui est fondé sur une égalité proportionnelle.

Cette égalité proportionnelle a été inventée par Aristote (IV^{ème} av JC) « to dikaion », la chose juste. Aristote a réfléchi sur cette idée de chose juste pour élaborer l'égalité proportionnelle. Il s'agit d'une justice distributive qui fonctionnerait pour tout : rémunération, honneurs, charges... cette justice consiste à tenir compte de la place de chacun dans la société. Le postulat de cette justice, c'est que tous les citoyens ne sont pas traités de manière identique par le droit, et pourtant, ils sont à égalité parce qu'ils sont traités à la mesure de ce qu'ils sont. Ils obéissent donc à des droits différents pour aboutir à l'égalité : chacun obéit au plus juste en fonction de sa place dans la société. Le droit ne serait donc pas le même pour tous. Notre système connaît des éléments de cette justice (notamment le principe de proportionnalité de l'impôt).

Cette notion de juste telle qu'elle est décrite par Aristote relève du champ de la morale, en revanche, ce qui relève du droit n'a rien à avoir avec la morale. Le droit dit ce que l'on doit faire, et ce qui arrivera si on ne le fait pas, il n'interdit pas un comportement, il dit ce qu'il se passera si on a ce comportement. La règle de droit m'explique ce que je dois faire, et la notion de juste m'explique pourquoi le doit le faire.

Le droit relève du domaine de « l'avoir », il dit ce que j'ai ou ce que je n'ai pas, en cela il se distingue de la morale qui relève du domaine de « l'être », du comportement. Ces deux domaines sont complémentaires : le droit est l'outil, le juste est la finalité.

En conclusion, ces notions de droit et de juste qui ont été élaborés dans l'Antiquité, ont été transmises grâce à la théologie, notamment grâce à Thomas d'Aquin (XIII^{ème}). Ce dernier considérait comme les Romains que le droit est un instrument de mesure objectif et extérieur pour atteindre une certaine forme d'égalité. On retrouve cette conception chez Kant (XVIII^{ème} siècle). Il a ajouté cette idée que le droit se caractérise par la faculté de contrainte. C'est encore cette même approche que l'on retrouve chez Kelsen (XX^{ème}), qui a ajouté à l'idée de Kant un élément important : la règle de droit émane d'une instance légitime, c'est ce qui détermine l'essence de la règle de droit. C'est dans ce contexte que la culture juridique s'est développée.

Chapitre 1 : Le socle romain

Les Romanistes ont coutume de dire que les Romains ont inventé le droit, ce n'est pas exact dans la mesure où il existait des droits antérieurs. Ils ont en revanche développé la science juridique comme aucun autre peuple ne l'avait fait avant. Ils ont inventé le droit comme science.

La civilisation romaine commence en 753 avant JC (fondation de Rome), la fin de l'histoire romaine en Occident date de 476 après JC, et la fin en Orient date de 1453 (prise de Constantinople – fin de l'empire byzantin). Géographiquement, la civilisation romaine couvre une grande partie de l'Europe et du Proche Orient. L'histoire romaine se découpe en 3 parties qui correspondent aux 3 régimes politiques que Rome a connus :

– La royauté (-753 → -509) cette période est très peu connue, on sait qu'il y a eu des rois étrusques, et qu'à l'époque, on voit apparaître des éléments qui vont jouer un rôle très important dans l'histoire romaine, notamment la place du Forum, mais aussi le concept de l'« imperium » (pouvoir de commandement qui a pour particularité d'être absolu très utilisé par les rois).

– La République (-509 → -31 = bataille d'Actium qui voit la victoire d'Octave sur Antoine) suite à la prise de pouvoir de l'Aristocratie. « res publica » signifie « chose publique », cela signifie que, désormais, le gouvernement est l'affaire de tous et non pas du seul roi. Cette République est composée d'institutions collectives et individuelles qui ont toutes pour vocation de représenter la totalité du peuple. Schématiquement, il y a 3 grandes institutions : les assemblées populaires (comices) qui votent les lois et qui élisent les magistrats ; les magistrats qui sont élus pour un an et qui gouvernent la ville présents sous plusieurs formes : les censeurs qui font le recensement de la population et les consuls qui ont l'imperium ; le Sénat, institution la plus prestigieuse, les sénateurs représentent l'élite de la population, qui a pour fonction de donner son accord sur les projets politiques. Cet accord se nomme « l'auctoritas ». Le Sénat n'a aucun pouvoir décisionnel, il se contente de donner son avis, mais cet avis est indispensable à l'avenir du projet.

C'est un régime parfaitement équilibré où l'ensemble du peuple est représenté, mais en réalité c'est une

oligarchie : le pouvoir appartient aux élites - les patriciens c'est-à-dire l'aristocratie, et les plébéiens. Il fonctionna jusqu'au 1^{er} siècle av JC où a lieu une période de crise qui débouche sur des guerres civiles, et un enchaînement de dictatures (régime de plein pouvoir prévu pour durer 6 mois), dont celle de César. Ces dictatures montrent combien la République est menacée, et elle prend donc fin en -31

– L'Empire (-31 → 476) : ce régime a été installé par Octave sans être nommé tel quel. À partir de -27, Octave prend le titre latin de « princeps » (Prince, littéralement premier). Il maintient toutes les institutions de la République et se place à leur tête, mais vide leur contenu, leur sens politique. Au fur et à mesure que le princeps privait les institutions de leur attributions, il augmentait son pouvoir. En quelques générations, le principe de l'Empire s'est imposé sans jamais avoir été instauré. Cette période dure jusqu'au III^{ème} siècle de notre ère. Après quoi, une nouvelle crise liée principalement aux invasions barbares apparaît, et l'empire sombre dans l'anarchie militaire qui dure pendant tout le III^{ème} siècle, et prend fin avec une décision de partage de l'empire entre Orient et Occident. La nouvelle grande capitale devient Byzance, et la partie orientale de l'empire se développe pendant que celle occidentale décline peu à peu.

Cette période voit se développer un pouvoir impérial extrêmement autoritaire. La monarchie qui se met en place est très martiale. On parle pour cette deuxième phase de « dominat » qui correspond au « bas empire ». Cette expression rencontre le pouvoir écrasant caractéristique de la fin de l'empire romain. Cette période est marquée par les attaques barbares et l'insécurité des populations, mais aussi par l'hégémonie de l'empereur. C'est dans ce contexte qu'est développé le christianisme qui a beaucoup influencé les empereurs, mais très peu le droit.

Ces 1000 ans de droit romain sont marqués par deux grands monuments de l'histoire du droit : la Loi des XII tables (-450) et les Compilations de l'empereur Justinien (empereur byzantin, VI^{ème} siècle).

Section 1 : Les principales caractéristiques du droit romain

A. Un droit enraciné dans la pratique

La principale source du droit à Rome a donc été l'activité du préteur (entre -200 et 200, époque classique du droit romain). Durant cette période, le préteur délivre des actions de plus en plus nombreuses qui permettent de protéger toujours plus de situations juridiques. Au moment de son entrée en fonction, le préteur fait la liste des actions qu'il s'engage à délivrer, et cette liste s'appelle l'Édit du préteur. Elle est gravée dans la pierre, affichée sur forum et visible de tous.

Ce droit est dit prétorien, il est original pour trois raisons. Tout d'abord, c'est un droit qui n'est valable théoriquement que pour un an, en réalité, le préteur reprend le travail de son prédécesseur et l'enrichit, il y a donc une accumulation, qui correspond à une mise à jour annuel du droit prétorien. Ensuite, c'est un droit très souple puisqu'il s'adapte à toutes les situations juridiques nouvelles - le droit romain a toujours été fondé sur des actions, mais avant, les actions étaient très formalistes et la procédure obéissait à des règles extrêmement rigides. Le préteur va développer de nouveaux types de contrats fondés sur la bonne foi, c'est-à-dire sur le respect de la parole donnée. Enfin, ce droit est dit honoraire (et pas jurisprudentiel car il n'est pas fait par le juge, c'est le préteur qui organise le procès et délivre une formule qui ordonne au juge de faire droit à la prétention du demandeur), c'est-à-dire qu'il repose sur l'activité juridictionnelle du magistrat, et cette activité correspond à une charge qu'on appelle « honor ».

Cet édit du préteur a été une source très abondante jusqu'au premier siècle, après quoi elle ralentit parce qu'elle est concurrencée par la législation impériale et la doctrine. Vers 130, l'empereur demande à Julien (un des plus grands juristes de son temps) de fixer définitivement le contenu de l'édit du préteur. À ce moment, l'édit devient perpétuel et reste en vigueur jusqu'au VI^{ème} siècle.

B. Un droit de classification

La principale réussite des Romains est donc d'avoir fait du droit une science, c'est-à-dire de ne pas s'être borné à une approche concrète et pratique. Ils ont élaboré des définitions des grands concepts juridiques, et ont classé ces concepts. C'est ce classement qui constitue la dimension scientifique du droit romain, c'est cette démarche qui est véritablement scientifique dans le droit romain. Ils ont fait avec le droit ce que d'autres penseurs (notamment grecs)

avaient fait avec la botanique, ou la biologie. Aristote observait la nature, son environnement et classait ses observations, et ces démarches permettent de systématiser une matière, c'est une mise en ordre des données.

Les Romains ont fait la même chose pour le droit, en classant toutes les situations juridiques qu'ils observaient. Le pionnier en la matière, c'est **Gaius**. Il vivait au deuxième siècle de notre ère et était professeur de droit, et il a réalisé vers les années 160 un manuel d'enseignement du droit nommé « Les Institutes » dans lequel il opère une classification des principaux concepts juridiques qui est restée fondamentale dans le droit romain, mais aussi dans notre système juridique.

Le principe de ces classifications est d'arriver du général au particulier, du plus large au plus précis. La première grande distinction opère entre deux grandes catégories de droit : le droit naturel (le droit commun à tous les peuples) et le droit civil (le droit propre à chaque peuple, le droit de chaque cité). Ulpien au début du 3ème siècle ajoute une troisième catégorie : le droit des gens.

1) Le droit naturel

C'est une notion que Gaius reprend à Aristote, c'est le droit qui existe dans la nature, et ce avant les Hommes. C'est le droit que les Hommes trouvent quand ils viennent au monde, il préexiste à l'Homme. Pour Aristote comme pour les Romains, il y a beaucoup d'institutions de droit naturel, comme la cité (elle existe avant que les Hommes ne se constituent en entité politique) « L'Homme est un animal politique » (polis – grec = civis – latin = cité), cela signifie que l'Homme est fait pour vivre dans la cité donc dans une société politiquement organisée. Aristote considérait également le mariage comme une institution de droit naturel, parce que dans son esprit, la finalité du mariage, c'est la reproduction, or dans la nature, toutes les espèces se reproduisent, et personne n'a jamais décidé qu'il devait en être ainsi. Il y a donc dans l'esprit romain après les Grecs une liste de droits naturels (/!\ ne pas confondre avec le droit naturel du Moyen Age = droits que les Hommes ont du fait de leur nature humaine, donc les droits de l'Homme)

2) Le droit des gens

Le « ius gentium », c'est le droit commun à tous les Hommes. Cette notion apparaît vers 200 av JC au moment où Rome s'étend territorialement. C'est donc le droit que tout le monde possède, qu'il soit Romain ou non. C'est ce qui a permis aux Romains d'avoir des relations juridiques avec tous les peuples.

3) Le droit civil

C'est le droit propre aux citoyens de chaque cité. Les Romains considéraient que le droit romain ne s'appliquait qu'aux citoyens romains. C'était donc un droit discriminatoire qui ne pouvait être utilisé que par les citoyens romains. Ils avaient cette approche si réduite à cause du fait que dans l'Antiquité, on raisonne de préférence sur des petites structures politiques, le cadre de la pensée est une petite structure politique : la Cité. A partir du moment où les Romains se sont étendus militairement et territorialement, ils ont réalisé qu'il fallait raisonner sur une échelle beaucoup plus vaste, mais n'ont jamais pour autant renoncé à leur définition du droit civil. Les conquêtes romaines ont donc étendu le champ de la civilisation romaine, mais pas celui du droit romain. Au fil du temps, le monde romain s'est composé de plus en plus de non citoyens romains.

A l'intérieur de ce droit civil, les Romains ont distingué deux droits :

- le droit public qui régit le fonctionnement de l'État
- droit privé qui régit les relations entre individus, composé lui même de 3 catégories : les personnes, les choses et les actions. A l'intérieur de la catégorie des personnes, les Romains distinguaient les personnes libres (deux types de personnes libres citoyens romains, et étrangers appelés pérégrins) et les esclaves. Pour les choses, il y avait une distinction entre les choses de droit humain et celle de droit divin, et entre les choses corporelles et incorporelles.

Ces subdivisions successives ne sont pas un jeu intellectuel, c'est une manière d'améliorer l'efficacité du droit, et c'est une démarche que nous avons conservée. Cette idée que les termes que nous employons doivent être rigoureusement définis, mais en plus nous devons être capables de ranger ces concepts dans des catégories plus larges. Si il n'y avait qu'une juxtaposition de mot, nous ne pourrions pas avoir de pensée sur le droit. La classification

est indispensable pour avoir cette réflexion.

C. Un droit imprégné de christianisme

Le droit romain est fondamentalement laïque, mais il n'ignore pas pour autant le sacré et le religieux. La religion joue un grand rôle dans le droit romain puisqu'elle est très importante dans la Cité et son organisation politique (il y avait par exemple un calendrier de jours fastes et néfastes qui était valable pour le droit), cependant le fondement du droit romain est laïque. Les choses ont évolué dans les années 50-60 de notre ère, où se diffuse le christianisme qui donne lieu à une répression par l'État romain au 3ème siècle (sous motif de désobéissance politique puisque les Chrétiens ne se considéraient pas comme tenus de rendre culte à l'empereur).

Les choses changent radicalement au début du 4ème siècle : l'empereur Constantin reconnaît la religion chrétienne dans « **L'édit de Milan** » en 313 et se fait baptiser (on ne sait toujours pas pourquoi). En 380, le christianisme devient religion d'État dans l'empire romain par l'édit de Thessalonique rendu par Théodose Ier, ce qui a pour conséquence des persécutions pour les non-chrétiens. À partir de ce moment, l'empereur se considère comme le représentant de Dieu sur Terre. La religion chrétienne est donc souvent citée dans les textes juridiques. Les textes impériaux commencent par une référence à Dieu. Désormais, la finalité du pouvoir est de faire régner la loi de Dieu dans la Cité des Hommes. L'un des grands penseurs de la fin du 4ème - début du 5ème qui est Saint Augustin a écrit un ouvrage fondamental pour la pensée politique médiévale intitulée La Cité de Dieu, qui explique que la principale mission du Prince c'est de faire régner la justice. Seule la justice, dit-il, peut réaliser l'unité, et l'unité est la condition essentielle pour la paix. Il écrit ce livre dans un contexte de violence, de guerres perpétuelles. Il a devant lui l'exemple de la cruauté des Hommes, du mépris de la loi. Il donne donc à l'empereur la mission de réaliser la paix par la justice.

Cette œuvre pose les bases d'une distinction centrale dans toutes les théories politiques du Moyen Âge : déterminer deux pouvoirs, le pouvoir spirituel (cité de Dieu), qui appartient à l'Église et le pouvoir temporel (cité des Hommes) qui appartient au Prince. Idéalement, ces deux pouvoirs fusionnent, en réalité, toute l'histoire politique du Moyen Âge sera dominée par la concurrence entre ces deux pouvoirs, chacun revendiquant sa supériorité sur l'autre.

Cet avènement du christianisme dans l'Empire romain a permis l'Église de se structurer sur le modèle de l'État romain, grâce à cette structure, l'Église a survécu à la chute de l'empire romain d'Occident. Paradoxalement, le christianisme comme doctrine, comme pensée philosophique ou religieuse, n'a pas eu une grande influence sur le droit romain lui-même. Il a eu une certaine influence dans le droit privé, dans le droit de la famille, mais aucune dans le droit pénal. On peut même dire que le droit pénal romain du 4-5ème siècle est beaucoup plus sévère que celui du début de l'empire. Au moment où le christianisme se développe, le droit pénal romain devient plus répressif.

Section II : Les deux monuments de la culture juridique romaines

Ces deux monuments se situent aux deux extrémités de la culture romaine : au début avec la loi des XII tables de -450, et la compilation de l'empereur Justinien au début du 6ème siècle.

A. La Loi des XII Tables

Cette loi s'inscrit dans le cadre d'un conflit politique qui oppose les deux composantes de la population romaine :

- les patriciens (patres, les pères), les chefs de famille, c'est-à-dire les grands propriétaires fonciers qui représentent la minorité et qui est puissante politiquement (l'aristocratie)
- les plébéiens qui sont tous les autres (à Rome, la Plèbe est composée de gens riches comme de gens pauvres), ceux qui n'appartiennent pas à l'aristocratie.

Au 5ème siècle av JC, la Plèbe se révolte par la grève de la guerre. Ils font cesser la guerre de la population romaine et se retirent sur l'une des collines de Rome où ils jurent de ne pas se séparer avant d'avoir obtenu le partage du pouvoir politique et la publication de la loi.

Seuls les Patriciens ont le pouvoir politique qui est exercé notamment par les consuls qui détiennent le pouvoir d'imperium (absolu, illimité et arbitraire). C'est ça que la Plèbe veut faire cesser. À cette époque, elle ne

réclame pas d'accéder aux fonctions de consuls, mais elle crée une magistrature concurrente, le Tribun de la Plèbe. À l'origine, il représente les intérêts des Plébéiens dans la Cité, et il permet d'obtenir la première revendication de la Plèbe.

La deuxième réclamation est en réalité des lois écrites qui fixeraient le contenu de l'imperium. Cette revendication est extrêmement difficile à obtenir, puisque l'imperium est illimité et arbitraire, il est donc difficile d'en concevoir le contenu qui imposerait des limites. L'Aristocratie résiste beaucoup, puisqu'il s'agit de mettre fin à l'arbitraire et au caractère illimité de l'arbitraire. Publier la loi, c'est un acte fondamental dans un État de droit, puisque cela permet à chacun d'invoquer cette loi pour se protéger. C'est ce que l'on appelle l'opposabilité, et c'est ce qui garantit la protection des droits de chaque citoyen, ce droit opposable, en opposition à l'arbitraire ne peut être écarté. C'est donc un enjeu exclusif qui revient à demander l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

Il y a un affrontement violent qui finit par la création d'un groupe, d'une commission de 10 personnes qu'on appelle les « decemvir » et qui est chargée de rédiger des lois égales pour tous qui seront la source de tout le droit. Ces lois sont écrites sur des tables, des panneaux, sûrement en bronze ou en pierre, qui étaient affichés au forum.

Cette Loi des XII tables s'inspire beaucoup de modèles grecs antérieurs, en particulier de deux législateurs athéniens, Dracon et Solon (VII et VI ème siècle av JC). **C'est la première loi votée par les assemblées populaires romaines** (les commisses). C'est donc fondateur à bien des égards. Il ne nous reste rien de ces tables aujourd'hui, on ne les connaît que grâce aux citations faites par les auteurs romains. Cicéron disait que de son temps, les juristes apprenaient par cœur cette loi.

Grâce à cette loi, la justice devient accessible à tous, parce que la loi énumère toutes les sources de procès et donne pour chaque situation une action en justice. C'est ce qu'on appelle le **système des actions de la loi**. Ce système a un avantage considérable : il est opposable aux magistrats, c'est-à-dire que le consul est obligé d'ouvrir un procès si un plaideur invoque cette loi. C'est donc la fin de l'arbitraire du magistrat.

Ce système comporte aussi des inconvénients, il s'agit d'un système très technique et formaliste qui exige soit d'avoir des connaissances en droit, soit d'être assisté par des juristes au cours d'un procès. Il faut observer toutes les règles, dire le bon mot, le bon geste au bon moment, respecter à la lettre les procédures. C'est donc extrêmement contraignant, et le citoyen moyen en connaît pas forcément toutes les subtilités de cette procédure, il lui faut donc payer un juriste. La justice coûte donc cher.

Ce système a donc un effet négatif : il dissuade les citoyens d'aller en justice puisqu'ils n'en ont pas les moyens, il a donc été modifié au III ème siècle avant JC et remplacé par une procédure formulaire. Cette procédure est dirigée par le préteur. Elle est beaucoup plus souple et beaucoup plus créative que le système des actions de la loi. Ce droit prétorien va rester la principale source de création du droit jusqu'au II ème siècle après JC.

Quelques principes essentiels de la Loi des XII Tables :

- La distinction entre un droit réel (droit sur une chose) et un droit sur la personne (qu'on nomme une obligation).
- Le rôle du temps pour créer un droit, la prescription acquisitive très utilisée en matière de propriété permet à quelqu'un qui détient un bien pendant x années d'en devenir propriétaire. Et à l'opposé la prescription extinctive.
- La distinction entre acte volontaire et involontaire, qui a une incidence déterminante dans la réparation des dommages.

Jusqu'au milieu du III ème siècle avant JC, la Loi des XII Tables représente la totalité du droit civil, on parle de droit decemviral. Il est ensuite entré en concurrence avec le droit prétorien. Ils sont tous deux restés composantes majeures du droit romain, jusqu'au II ème siècle après JC. Elles n'ont cependant jamais fusionné, et ces deux composantes sont restées complémentaires.

B. Les compositions de Justinien

Justinien, empereur romain d'Orient a régné entre 527 et 565. Il entreprend une politique de restauration de la grandeur de l'Empire Romain. L'un des moyens qu'il a utilisé est la réalisation d'une synthèse de l'ensemble des droits romains (au 6ème siècle, ce droit a environ 1000 ans d'existence).

La richesse de ce droit est rendue inaccessible par la diversité des sources juridiques romaines, puisqu'en 1000 ans, même si le droit romain a montré son effectivité, il est divers et dispersé. Il y a plusieurs sources à ce droit : la Loi des XII Tables, le droit prétorien, la législation impériale qui se développe au début de l'ère chrétienne, et l'activité de la doctrine nommée la jurisprudence -iuris prudentia = science du droit- qui est l'interprétation du droit par les juristes, les prudents (qu'on nommerait aujourd'hui les savants). L'activité de ces prudents, ces jurisconsultes se développe entre le 2 et 3ème siècle de notre ère, les plus connus sont Julien, Gaius, Ulpien, Paul, et Papinien. Jusque là, la justice romaine est très active, et les jurisconsultes sont très utiles pour améliorer l'effectivité du droit.

À partir du 4ème siècle, l'activité de la doctrine décline, et la valeur des interprétations de ces juristes diminue. Or, l'intérêt de cette doctrine était l'invocation par le plaideur du jurisconsulte devant le juge. En 426, au début du 5ème siècle, l'Empereur fixe les noms de 5 jurisconsultes dont les avis peuvent être invoqués en justice, il y a parmi eux Paul, Gaius, Papinien, Modestin et Ulpien. Cette loi se nomme « Loi des Citations ».

Quand Justinien entreprend donc la synthèse du droit romain, il se trouve face à plusieurs composantes. Il s'adresse à Tribonien, un professeur de droit à Constantinople, pour réaliser cette compilation et ce dernier compose un groupe. Il résulte de ce travail 4 recueils nommés au Moyen Age le « corpus iuris civilis » (corps du droit civil). Ces 4 recueils sont :

- **Le Digeste (533)** qui rapporte les fragments des œuvres de 38 jurisconsultes (recueil de doctrine), on le nomme Pandectes en grec
- **Les Institutes (533)** sur le modèle de Gaius, un manuel d'enseignement du droit
- **Le Code (529)** qui rassemble toutes les lois impériales depuis le 2ème siècle, appelées des constitutions, ces lois sont classées et éventuellement remaniées quand le texte est inadapté
- **Les Nouvelles (565)** qui sont un recueil de toutes les lois impériales postérieures à 529

Ces compilations avaient vocation à être diffusées dans tout l'Empire Romain, et elles ont été promulguées mais surtout connues et utilisées en Orient. La partie occidentale, les a sans doute aussi connues, mais elles ont joué un rôle très secondaire. En Occident, on connaissait le droit romain par le **Code Théodosien** (Théodose II) promulgué en 438 qui rassemble la législation impériale depuis le 4ème siècle (depuis Constantin). Les compilations justiniennes ne seront redécouvertes qu'à partir du XIème siècle.

Les compilations justiniennes ne contiennent pas l'intégralité du droit romain, notamment pour ce qui concerne la doctrine, mais grâce à elles, on a pu connaître les œuvres des jurisconsultes, sans elles nous ignorerions beaucoup de choses sur le droit romain.

La promulgation de ces compositions s'est faite à partir d'une série de lois, de constitutions qui ont promulgué le Digeste et le Code. Il y a souvent dans le préambule de ces constitutions des références à la religion chrétienne, par exemple le Digeste est présenté comme l'œuvre de la Céléste providence, ou que ces compilations ont été réalisées avec le secours de Dieu. Cela donne l'impression que Justinien considère le droit comme une œuvre divine. En réalité, il insiste sur l'origine divine du droit, c'est-à-dire sur l'origine divine de son inspiration. Il place les Compilations sous le signe d'une inspiration religieuse, mais ce droit reste à contenu laïque, profane.

En ce sens, Justinien est l'héritier d'une longue tradition de législateurs antiques, tradition qui s'enracine dans la culture juridique orientale, et qui a été transmise et continuée par la culture grecque.

Ces Compilations représentent l'héritage des 1000 ans de droit Romain.

Section III : La romanisation du droit en Gaule

A partir du IVème siècle, l'Empire Romain est soumis à des mouvements migratoires continus de population germanique, que les Romains appelaient les Barbares. On parlait à partir du IVème siècle des invasions barbares.

Les Barbares appartiennent à des ethnies assez différentes, la plus connue est celle des Francs, mais il y a

aussi les Wisigoths qui s'installent dans le sud ouest de la France et en Espagne, des Burgondes qui se mettent en Bourgogne, ou encore des Alamans vers le Jura et la Suisse. Les populations germaniques sont poussées vers la Gaule par l'avancée des Slaves et des Huns avec Attila en Europe Centrale. Il arrive alors un mélange entre les populations autochtones de Gaule et les populations germaniques qui arrivent. Les ethnies qui arrivent sont soumises à l'autorité de l'empire, mais ont des droits, des coutumes et des règles juridiques qui leur sont propres. Ces droits locaux, les Romains les appellent des droits provinciaux, et ils se retrouvent confrontés au droit romain.

Après la chute de Rome en 476, tous ces peuples germaniques fondent des royaumes indépendants qui sont en rivalité entre eux. On se retrouve alors dans une situation de pluralisme juridique et politique. Cette situation, c'est celle que trouve Clovis lorsqu'il arrive au pouvoir en 486 et fonde une dynastie mérovingienne. Son avènement est important parce qu'il essaye d'organiser l'unité politique de la Gaule, et il se veut fédérateur de cette unité. Pour cela, il remporte des victoires militaires sur les rois des autres ethnies qui lui donne une autorité martiale, et il se fait baptiser, pour utiliser l'appui de l'Église comme institution, puisqu'elle est la seule institution structurée ayant résisté à l'Empire Romain. C'est donc une institution solide et efficace qui permet à Clovis d'étendre son autorité.

Il ne parvient cependant pas à créer cette unité, il s'est heurté au pluralisme technique et à la résistance des populations qui veulent garder leur droit applicable et qui refusent ce projet unitaire. La dynastie mérovingienne est donc la première tentative d'unification.

Les Carolingiens reprennent au 8ème ce projet d'unification avec Pépin le Bref qui fonde cette dynastie en 751, mais c'est Charlemagne qui réussit à réaliser une unité politique, après son couronnement d'empereur en 800. Cette unité a été très éphémère, puisque dès le milieu du 9ème, les carolingiens sont affaiblis et l'empire est partagé en 843 avec le Traité de Verdun dont on dit que c'est l'acte de naissance de la France. Ce traité, qui partage le territoire en trois parties dont l'une est la Francie occidentale qui contient les frontières actuelles de la France, est la fin du rêve unitaire des Carolingiens. À la fin du IXème, le pouvoir politique se morcèle et le territoire se disloque.

On revient à cette situation de pluralisme politique et juridique avec la féodalité qui se met en place. Finalement, en dehors de la parenthèse carolingienne, c'est la diversité qui domine jusqu'au , et ces diversités ont leur reflet dans la diversité des droits.

A. Le pluralisme juridique mérovingien

1) Cadre général

À partir du 4ème siècle, le droit romain se mélange avec les droits provinciaux. Ce droit romain est principalement issu du Code Théodosien. Ce mélange de droits est appelé le droit romain vulgaire, ce qui n'avait aucune connotation péjorative à l'époque, cela signifie ordinaire, courant. Cela sous-entend un droit Romain qui n'est pas « savant ».

Le droit romain vulgaire se caractérise par des simplifications ou des altérations du droit romain classique. Il est beaucoup plus simple, mais aussi beaucoup plus proche de la réalité, parce que le droit romain classique est devenu beaucoup trop savant et trop éloigné des préoccupations des individus.

Le droit Romain Classique distingue la propriété de la possession. La propriété relève du droit, la possession du fait. En droit Romain Vulgaire, au contraire, on fait une confusion entre ces deux termes, parce que dans la réalité, la plus part du temps, le propriétaire est aussi possesseur. Cette assimilation traverse tout le Moyen Âge jusqu'à l'Époque Moderne.

En droit romain classique, un père ne peut faire de donation à son fils, car dans cette conception du droit, le fils n'a pas de personnalité juridique tant que son père est vivant, cela signifie que le fils est mineur juridiquement jusqu'au décès de son père. Dans ce cas, si il lui fait une donation, il la fait à quelqu'un qui ne peut pas avoir de patrimoine, il se fait une donation à lui-même. Le droit romain vulgaire observe l'absurdité de la situation, et accepte la donation du père à son fils.

Le droit romain vulgaire cherche donc à être pratique. Il y a donc en Gaule une cohabitation de plusieurs droits.

La coexistence entre ces différents droits s'organise sur le principe de la personnalité des lois, qui est encore utilisé aujourd'hui en droit national privé. Ce principe est simple : il consiste à dire que l'on sera jugé selon sa loi

personnelle. Cette loi est déterminée par le lieu de naissance. Pour l'époque mérovingienne, un Franc sera jugé selon la loi des Francs etc... c'est un système ingénieux, mais assez lourd à mettre en place à cette époque pour deux raisons :

- Il faut des tribunaux mixtes, c'est-à-dire des tribunaux composés de juges des différentes ethnies (Francs, Burgonds etc.), de chacun des droits potentiellement applicables.
- Au début du procès, il faut déterminer la loi applicable. Pour cela, les mérovingiens demandaient à chaque plaideur quelle était sa loi personnelle. Un problème se pose lorsque les parties ne relèvent pas de la même loi. Cette situation constante dans ce système est résolue par le système des conflits de loi, qui consiste à choisir entre deux lois concurrentes.

Aujourd'hui, les règles de conflit de loi sont fixées soit par des traités internationaux, soit par les règles du droit national. À l'époque mérovingienne, le choix est déterminé par la nature du litige. Au pénal, on applique la loi du défendeur, en matière civile, pour le droit des successions (partage de patrimoine, héritage...), on applique la loi du défunt, pour les litiges qui concernent le droit des obligations (contrat par lequel deux personnes s'obligent ex : prêt), on applique la loi du débiteur. Enfin, pour les questions de tutelle (garde et éducation des enfants), on applique la loi de l'enfant.

Les règles sont donc déterminées au cas par cas. Mais il y a des situations plus complexes. Ex : le mariage, quand les deux époux ont des ethnies différentes, souvent ce sont des droits incompatibles ou très différents, et dans ce cas, chaque époux se sent lésé par le choix de l'autre loi. Très souvent, les juges cherchent à harmoniser les lois concurrentes, ce qui est extrêmement difficile, et comme cela ne fonctionne pas, ils finissent par avoir recours à un critère territoriale et non plus personnel, on applique donc la loi du lieu de célébration du mariage.

À partir de cet exemple du mariage, progressivement, les tribunaux vont développer le principe territorial au détriment du principe personnel car il s'agit souvent du système le plus simple. Progressivement, ce système se transforme en principe territorial.

Par ailleurs, dans ce système pluraliste, souvent le droit romain sert de loi commune pour la résolution des conflits de loi, car il s'agit souvent d'un droit plus complet et plus précis que les lois germaniques.

2) Les diverses lois applicables

a) Les lois d'inspiration romaine

Ce droit est théoriquement applicable aux populations gallo-romaines. Les gallo-romains sont majoritaires en Gaule entre le 6 et 8^{ème} siècle.

Ces lois sont au nombre de 3 :

-en 458, l'Édit de Théodoric (roi des Wisigoth) qui s'inspire principalement du code théodosien de 438

-en 506, le bréviaire d'Alaric (roi des Wisigoth à Toulouse) c'est un abrégé, qui a eu une très grande diffusion en Gaule et qui est resté jusqu'au XI^{ème} siècle la principale référence pour la connaissance du droit romain. Ce bréviaire contient un résumé du code théodosien auquel s'ajoutent des lois romaines postérieures à ce code et des textes de doctrine romaine, en particulier du juriste Paul. Chaque copiste abrégait à son tour le bréviaire, donc les versions recopiées étaient à chaque fois plus courtes. Ces abrégés, on les appelle « épitomés », et souvent dans ces œuvres il y a des variantes, des différences. On voit bien avec ce document ce qu'est le droit romain vulgaire. Pour chaque disposition de droit romain donnée par le bréviaire, il y a ce que le texte appelle interprétation, qui correspond à la version simplifiée de la règle de droit classique. Souvent l'interprétation modifie le sens d'origine du texte romain.

Jusqu'au XI^{ème} siècle, on a donc connu le droit romain par ses versions abrégées de plus en plus courtes.

-Vers 510, la loi romaine des Burgondes appelée Papien (par abréviation du nom de Papinien), dans laquelle on retrouve des références au droit romain, et beaucoup au droit pénal. Cette loi est beaucoup moins élaborée que le Bréviaire d'Alaric, elle contient des résumés assez sommaires des lois impériales, et de fragments de doctrines.

Ces trois lois fonctionnent sur le même principe : une matière première romaine adaptée, modifiée. Le Bréviaire d'Alaric est le plus complet et le plus diffusé.

b) Les lois « barbares »

Ces lois sont apportées par les peuples germaniques quand ils s'installent en Gaule. Le droit qu'il apporte entre en contact avec le droit romain déjà sur place et avec le christianisme, qui est depuis le IV^{ème} siècle la religion d'État de l'Empire romain. Ce que nous connaissons des droits « barbares » n'est pas le reflet des droits d'origine, mais un mélange entre des traditions propres, des règles romaines et l'influence du christianisme.

Un signe de cette « acculturation » est le fait que ces lois pourtant barbares sont écrites en latin, et notent un droit d'inspiration germanique.

Nous connaissons quatre de ces lois :

-La loi des Wisigoths 476, qu'on dénomme **Code d'Euric**. Ce code mélange des traditions germaniques, des solutions romaines et du droit chrétien (ex : mention du droit d'asile dans les églises). Ce code a été modifié et recopié jusqu'au 7^{ème} siècle, et les variantes montrent qu'on a inclut dans ce code d'avantage de droits wisigothiques.

-La loi des Burgondes 502, dénommée **La Loi Gombette**. Son auteur s'appelait Gondebaud (roi Burgond). Dans cette loi, on trouve là aussi un mélange de traditions germaniques et de droit romain. Au moment de la conquête du royaume Burgond par Clovis, cette loi est restée en application, précisément au nom du pluralisme juridique.

-Les lois des Francs, il y en a deux :

-La loi Ripuaire 635 (environ) : les Ripuaires sont une composante du peuple Franc installée dans une région nommée Austrasie, qui correspond au quart Nord-Est de la France actuelle. Ils ont élaboré leurs droits à travers le roi le plus connu, Dagobert. L'influence romaine dans cette loi est très nette, mais elle contient beaucoup d'éléments de droit germanique notamment en ce qui concerne la procédure (au cours d'un procès, recours au serment avec des « cojureurs » (équivalent aujourd'hui des témoins de moralité, ils jurent sur l'honnêteté et la loyauté de l'accusé).

→ L'utilisation la plus célèbre de ces cojureurs concerne la Reine Frédégonde, épouse du roi de Neustrie (fin du 6^{ème}) qui avait été accusée d'adultère. Pour se disculper, elle s'est présentée escortée de 300 cojureurs et s'est blanchie de l'accusation.

-La loi Salique 510 (environ) : loi personnelle d'un groupe de Francs, les Francs Saliens (ethnie de Clovis). Cette loi est appelée à une très grande notoriété, d'abord à l'époque mérovingienne, mais aussi en fin de Moyen Âge, où elle devient une des règles constitutionnelle du régime monarchique. C'est celle qui exclue les femmes du pouvoir politique, mais elle ne traite absolument pas du pouvoir politique. Elle a été recyclée à la fin du Moyen Âge pour son prestige et son ancienneté, mais théoriquement, elle n'avait aucune pertinence sur la succession du pouvoir royal.

→ cette loi est un texte fondamental pour l'époque mérovingienne, elle a été plusieurs fois remaniée et complétée (dernier remaniement sous Charlemagne 760~). Cette loi n'est pas la plus ancienne, mais elle tire son importance du fait de sa longueur (c'est la plus longue des lois 'barbares'), et du fait qu'elle contienne le plus grand nombre d'usage germanique, càd de règles antérieures à l'arrivée des Francs en Gaule. C'est donc la meilleure illustration de ce que les Romains nomment les droits barbares.

→ elle commence par un préambule qui fait clairement référence à une catégorie juridique d'actes romains, qui est les pactes (fondé sur le mot paix, un accord de paix). C'est une loi qui a pour but de pacifier le peuple des Francs saliens par la transformation de ses coutumes juridiques. Le contenu de cette loi est assez rudimentaire, elle se présente comme une liste de tarifs qui correspond à ce que doit payer l'auteur d'un dommage. Il y a surtout du droit pénal dans la loi salique, ce qui est un trait commun des lois barbares. La loi énumère tout sorte de blessure ou d'infraction en les classant par ordre de gravité (ex : tête, bras, jambe, sang ou non...). En face de chaque dommage il y a donc un prix.

C'est ce que le droit pénal appelle le système des compositions pécuniaires, et ce système est établi d'après un montant de base qu'on appelle le wergeld. Tous les montants de la loi sont déterminés par rapport à ce wergeld. Tous les Hommes dans cette loi n'ont pas la même valeur, celle d'un Franc est du double de celle d'un Gallo Romain. Il y a aussi des distinctions au sein des Francs (guerriers proches du roi qui sont mieux protégés qu'un Franc basique). Il y a un droit particulier, celui des successions, car les filles héritent la terre à défaut de fils.

→ pendant longtemps, on s'est servi de cette loi Salique pour considérer les barbares au sens péjoratif du terme (description sanguinolente avec un prix). Jusqu'à la moitié du 20^{ème} siècle, quand on parlait de cette période, on parlait des 'âges obscurs', car les mérovingiens passaient pour des personnes frustrées qui se battaient tout le temps. Ce n'est plus le cas actuellement, parce que la loi Salique montre une persistance de l'héritage Romain. On dit maintenant que les mérovingiens ont été les continuateurs de la culture romaine, la loi salique est un pacte, et cette notion est romaine.

Par ailleurs, la tarification instaurée par la loi salique représente un progrès par rapport au système antérieur.

Avant, le droit germanique traditionnel réglait les conflits par le retour à la vengeance (exercée par la famille de la victime sur l'auteur de l'infraction). La vengeance était sans limite et sans proportion par rapport au délit. Pour sortir de la vengeance, il fallait négocier un rachat de cette vengeance, qui était laissé à l'appréciation de l'offensé. Il pouvait donc exiger un montant très élevé. Dans ce régime de la vengeance, ce sont donc les plus puissants qui gagnent toujours, la loi sadique est venue limiter à la fois la vengeance et le règne du plus fort, par ce système de tarification qui fixe des plafonds, des maxima. Cette loi est donc bien un accord de paix, puisqu'elle veut soumettre tous les individus à une règle commune garantie par l'autorité royale.

A nos yeux, cette loi paraît très rudimentaire, mais elle représente un progrès considérable en ce qu'elle oblige les individus à respecter un plafond dans le rachat de la vengeance, l'offensé ne peut plus exiger n'importe quelle somme.

Cette loi est sûrement influencée également par le christianisme, Clovis s'étant fait baptiser, il se place au côté de l'église chrétienne pour avoir son appui politique, mais aussi pour diffuser les idées de l'Église, notamment en matière pénale, et l'idée de paix est elle aussi centrale dans la conception pénale de l'Église. Clovis ne tourne pas le dos à l'héritage romain, il y a au contraire une continuité, et Clovis est l'héritier des empereurs et le continuateur de la romanité catholique, chrétienne.

Il faut retenir deux choses de cette question du pluralisme mérovingien :

- Les Francs et la dynastie mérovingienne ne sont pas des Barbares incultes par opposition au monde romain civilisé, au contraire, les deux cultures se mélangent assez tôt et Rome a été un modèle pour les Mérovingiens.
- La personnalité des lois, qui est typique de cette période mérovingienne a été peut être moins utilisée qu'on ne l'a cru, le principe de territorialité s'est manifestement imposé progressivement dans un contexte qui reste un contexte de pluralisme.

B. Les Carolingiens, et la tentative d'unité

1) Le projet politique

La dynastie carolingienne arrive au pouvoir en 754, et cet avènement correspond à une organisation du pouvoir politique sur des bases nouvelles. Leur grand projet était le rétablissement de l'Empire pour assurer l'unité et la paix. Ce projet impérial a été incarné essentiellement par Charlemagne, qui se fait couronner Empereur en 800 à Rome. Cette date marque un tournant dans l'histoire politique. Charlemagne réunit deux traditions qui ont en commun l'idée d'unité.

Tout d'abord, la tradition de l'Empire Romain, que Charlemagne prétend continuer, bien qu'il existait toujours en Orient, mais à cette période le pouvoir impérial est vacant.

Ensuite, la tradition de la royauté sacrée, le Sacre est inauguré par le père de Charlemagne (Pépin le Bref -lui même sacré deux fois). À partir de Pépin, et jusqu'à la fin de la royauté en France, tous les rois ont été sacrés. Cette royauté sacrée renvoie au christianisme qui prône l'unité des Chrétiens.

Le régime carolingien devient une théocratie royale, c'est-à-dire un gouvernement religieux par le roi, les Carolingiens fusionnent donc les domaines religieux et politique. Dans le cadre de cette théocratie royale, Charlemagne a construit la première expérience d'unification politique à une échelle territoriale immense (quasiment toute l'Europe de l'Ouest). Cette unification politique n'a pas duré, puisque l'empire est instauré en 800 et est partagé en 843 par le Traité de Verdun. C'est donc un succès personnel de Charlemagne qui a mis en œuvre, concrètement, cette notion de théocratie royale en se servant notamment de l'unification juridique.

2) La mise en œuvre juridique de cette unité

Cette unité juridique s'inscrit dans le projet juridique de Charlemagne. Elle a été pensée par les Carolingiens pour être la traduction de l'unité religieuse. L'idée développée est que les sujets de l'empire étant chrétiens, ils obéissent naturellement aux lois impériales, parce que ces lois sont inspirées par Dieu et sont donc réputées justes.

Il y a donc un lien étroit entre le projet d'unité politique reposant sur une unité religieuse, et même reflétée dans une unité du droit. L'objectif des Carolingiens était de faire disparaître les lois personnelles au profit d'une loi uniforme pour tous les sujets de l'empire.

L'objectif était de rompre avec le pluralisme des lois, et le remplacer par une loi uniforme favorisée par l'unification religieuse : tous les sujets de l'empire devaient être chrétiens et appliquer la loi de l'Empereur inspirée par Dieu. Pour les Carolingiens, c'était donc des outils d'application d'unité.

Il était cependant impossible d'effacer brutalement plusieurs siècles de lois personnelles. Par conséquent, Charlemagne a cherché une forme d'unité dans la diversité, c'est-à-dire qu'il a maintenu le pluralisme en essayant de systématiser les lois personnelles, et il a superposé à ces lois personnelles des lois générales, qui avaient vocation à s'appliquer à tout le monde. De cette manière, cette stratégie illustre une pratique du gouvernement par la loi, héritée de l'Empire romain. C'est assez logiquement qu'ils se situent dans la continuité des romains.

a) La systématisation des lois personnelles.

Ces lois sont nombreuses et souvent difficiles d'accès. Le seul élément de stabilité de ce système pluraliste, c'est le droit romain, à travers le Bréviaire d'Alaric. L'ambition de Charlemagne est de parvenir à la même stabilité pour les droits Barbares. Il décide donc de faire corriger, et d'harmoniser toutes les versions d'une même loi.

L'exemple le plus frappant est celui de la loi salique, connue sous des versions différentes dans une petite centaine de manuscrits. Les carolingiens font remanier la loi salique et en donnent une version qu'on appelle la loi salique amendée (c'est-à-dire corrigée).

De la même manière, Charlemagne entreprend une révision de tous les droits applicables au clergé, et les Carolingiens suscitent la mise à jour des compilations du droit canonique.

Cette méthode aurait dû maintenir la diversité juridique, puisque Charlemagne ne cherchait pas à éliminer les lois personnelles mais à les systématiser. Or, à partir du milieu du 9^{ème} siècle, ces lois personnelles déclinent, sans doute à cause de l'unification politique réalisée par l'Empire. On les utilise de moins en moins.

A cette période, les individus ne se définissent plus par leur appartenance ethnique, mais ils se reconnaissent dans une communauté politique, et ils se disent Francs (du latin « Francus »). Vers l'an mille, les Francs ne sont plus les individus qui appartiennent à l'ethnie Franque, mais les membres d'une communauté politique.

La réforme des lois personnelles a évité une rupture brutale avec le système de la personnalité des lois, elle a donc été une forme de transition, mais elle n'a quand même pas évité la disparition de ce système. On voit se développer l'idée que les lois ethniques doivent être remplacées par une loi unique, c'est-à-dire applicable à tous. C'est la vocation des lois générales.

b) Les lois générales

Ces lois s'appellent des capitulaires (« capitula », chapitre), ce sont des lois générales que les Carolingiens mettent en place dans le cadre du projet impérial. Il s'agit de produire une législation applicable à toute la population, et à tout le territoire.

L'activité législative des Carolingiens a été assez importante puisque de 751 à 888, il y a eu environ 200 capitulaires.

Ces capitulaires peuvent être répartis en deux catégories :

② **les capitulaires programmatiques** (ou généraux), qui sont en fait des « fourre-tout », on y aborde toute forme de sujet. Ces capitulaires sont pris après une discussion en assemblée (**Le plaid**, qui réunit les 'grands du royaume' : chefs militaires et évêques). Le consentement du Plaid est nécessaire parce que les grands du royaume sont chargés de faire appliquer localement les capitulaires décidés par le roi ; l'autre catégorie comporte plusieurs capitulaires.

Des capitulaires thématiques (consacrés à un sujet), dont le thème concerne souvent la gestion du domaine royal. Le plus connu est le capitulaire De Villis (littéralement, des villas), qui s'occupe de la gestion des grands domaines fonciers du roi.

Des capitulaires dits complétifs, qui complètent une loi nationale. L'exemple le plus connu est un ensemble de capitulaires qu'on appelle les capitulaires saxons, promulgués au moment de la conquête de cette région par Charlemagne. Cette conquête militaire a eu pour conséquence la christianisation forcée des Saxons. En échange de cette conversion, Charlemagne a accepté le maintien de certaines coutumes locales.

Des capitulaires administratifs, qui donnent des instructions à des agents administratifs itinérants qu'on

appelle les missi dominici (envoyés du maître).

A partir du 9^{ème} siècle, l'Église participe étroitement à l'élaboration et à la discussion de la législation impériale. C'est dans le cadre des Abbayes ou des églises que sont élaborés des recueils de capitulaires. Le plus ancien de ces recueils date de 827 et a été élaboré par l'abbé de St Wandrille. À partir de ce moment, les collections de capitulaires vont se multiplier.

Dans ces recueils, il y a des documents authentiques et des faux. La notion de faux est très répandue au Moyen Age, aussi bien pour les objets que pour les écrits.

Les moines qui rédigent ces faussaires ne le font pas par esprit de fraude, souvent ils sont rédigés pour soutenir ou renforcer une intention honnête. Les possessions territoriales des églises sont souvent convoitées par des dignitaires laïques, et ces tentatives de possession sont repoussées à l'aide des capitulaires inventés qui établissent les droits d'un établissement religieux sur sa terre. Pour les Monastères, fabriquer un faux est légitime, puisque c'est leur seule manière de se défendre contre une spoliation de leur bien.

Le faux le plus célèbre du Moyen Age est celui dont se prévalait le Pape pour justifier son droit sur ses territoires : **La fausse donation de Constantin**. Le document a certainement été rédigé vers le milieu du 8^{ème} siècle, et Constantin vivait au 4^{ème} siècle. Ce document est rédigé comme une donation que Constantin aurait fait au Pape de l'époque. Une donation de territoire à Rome et dans ses alentours.

Au 8^{ème} siècle, ces territoires sont convoités par l'Empereur Romain d'Orient Constantin V. Cet empereur prétend entrer en possession de ces territoires. Face à cette revendication, le Pape ne peut se prévaloir juridiquement que d'un titre de propriété élaboré par Charlemagne. Or, cette donation est trop récente et n'a aucune validité aux yeux de l'Empereur d'Orient (on remarque l'opposition entre l'Empire d'Orient et la dynastie carolingienne). Pour avoir le dernier mot, la Papauté fait fabriquer le faux.

Il faudra attendre le XV^{ème} siècle pour prouver que c'est un faux.

Ces capitulaires sont donc des actes créateurs de droit dans le cadre d'un régime centralisé. Ils s'occupent surtout d'administration et de maintien de l'ordre dans l'Empire. Ces capitulaires ont été avant tout des instruments de propagande politique, parce qu'ils symbolisent le prestige impérial, et la grandeur des ambitions politiques des carolingiens. Ils sont donc à la fois un outil de gouvernement, et des instruments d'unification politique.

Cette unité politique disparaît en 843 avec le Traité de Verdun qui partage l'empire entre les 3 petits fils de Charlemagne. À partir de cette date, la dynastie s'affaiblit, est concurrencée par des grandes familles qui exercent aussi le pouvoir en alternance avec les Carolingiens, et elle finit par disparaître en 987 (élection de Hugues Capet), période où s'ouvre le morcellement politique (féodalité) et celui juridique (droit coutumier)

Chapitre 2 : Le droit coutumier entre le XI et le XVIII^{ème} siècle

Le droit coutumier est un reflet de la situation politique de la France au Moyen Age, car en effet, ce droit exprime une diversité juridique qui correspond au morcellement politique et territorial qui s'installe au cours de l'An Mille.

À partir du IX^{ème} siècle, des invasions incessantes de Normands, de Hongrois, et de Sarrasins déstabilisent l'autorité royale et mettent la population en danger. Ce sont les seigneurs locaux qui prennent le relais de l'autorité royale pour assurer la protection des populations avec leurs armées et leurs châteaux. Le IX^{ème} siècle est donc un contexte de très grande violence à laquelle la royauté ne peut pas faire face. Ces seigneurs se rendent autonomes politiquement, c'est-à-dire qu'ils exercent les prérogatives de puissance publique pour leur propre compte, et non plus au nom du roi. La France se couvre de seigneuries qui ont des tailles variables, et donc des puissances politiques variables. Les très grandes seigneuries sont nommées principautés (Bretagne, Normandie, Bourgogne...).

Toutes ces seigneuries appliquent des droits différents qui sont élaborés par les seigneurs ou les populations, et qui répondent aux besoins locaux. C'est pour cette raison qu'il y a une telle diversité juridique et coutumière au Moyen Age. Il y a une diversité géographique de ces coutumes, mais aussi une diversité sociologique, puisqu'à l'intérieur d'un même territoire, tous les individus ne sont pas soumis au même droit.

Au fil du temps (entre le X^{ème} et le XIII^{ème} siècle), ce caractère s'est accentué, et tant que le pouvoir politique était dispersé, ce pluralisme coutumier n'était pas ressenti comme un inconvénient. Mais à partir du XIII

ème siècle, quand la royauté reconstruit son autorité politique et territoriale, elle apparaît comme une anarchie qui rend l'application des coutumes de plus en plus difficile. Les juristes puis les Rois s'appliquent alors à rédiger et à réviser les coutumes pour en faire un droit efficace, applicable.

C'est seulement à partir du XVI^{ème} siècle que ces efforts portent leur fruit, puisqu'on voit apparaître une doctrine coutumière qui contribuera à la formation de ce qu'on appellera par la suite le droit français.

Section I : La coutume au Moyen Age (IX^{ème} au XIV^{ème} siècle)

Pour comprendre et expliquer cette diversité coutumière, il faut d'abord s'intéresser au pluralisme des groupes sociaux.

A. Le pluralisme des groupes sociaux

La société médiévale, comme celle de l'Ancien Régime, est divisée en ordres sociaux. Ces ordres ne doivent pas être confondus avec les classes sociales. En effet, la notion de classe sociale naît au XIX^{ème} siècle avec la RI, et cette expression repose sur des critères économiques qui traduisent des intérêts divergents, voire opposés.

Les ordres sociaux sont définis par des fonctions, et les trois ordres correspondent donc aux trois fonctions de la société : ceux qui prient (le Clergé), ceux qui combattent (la Noblesse), ceux qui travaillent (le Tiers État). Dans ce système, chaque ordre est indispensable aux deux autres, et l'équilibre de la société repose sur la complémentarité des fonctions. La première expression de cette division se trouve au début du XI^{ème} siècle sous la plume d'Adalberon, un évêque de Laon, et cette division perdure jusqu'en 1789.

Ces ordres sont hiérarchisés, le Clergé d'abord, ensuite la Noblesse, enfin le Tiers État, ce qui correspond à l'importance des fonctions dans la société. La particularité de ces ordres, c'est la grande disparité économique entre eux. L'unité d'un ordre vient du régime juridique : chacun de ces trois ordres est encadré par un régime propre, distinct. C'est pour cette raison qu'il y a cette grande diversité de coutumes applicables.

Le Clergé et la Noblesse sont des ordres privilégiés, qui bénéficient de dérogation. Le terme privilège vient du latin « privata leges » → lois particulières. Il y a notamment des privilèges de juridiction : le Clergé est jugé par des tribunaux de l'Église, les Nobles par d'autres nobles.

Il y a également les privilèges fiscaux : le Clergé et la noblesse ne payent pas d'impôt. Le Clergé parce qu'il prie pour le salut éternel et vie en principe de ce qu'on veut lui donner, et les nobles parce qu'ils payent 'l'impôt du sang' : ils se battent et meurent pour la collectivité. Le Clergé est également dispensé du service militaire, puisque se battre c'est risqué de tuer et l'Église refuse de faire couler le sang, et la Noblesse a, à l'inverse, le privilège de porter les armes.

Il y a donc un certain nombre de règles qui déroge au droit commun.

Théoriquement, le Tiers État n'a pas de privilège et est donc soumis au droit commun. En réalité, les membres de cet ordre ont souvent des privilèges lorsqu'ils appartiennent à certaines institutions. Par exemple, beaucoup de corporations professionnelles ont des privilèges. De la même manière, les universités sont dotées de privilèges. La notion de privilège peut donc également s'appliquer au Tiers État.

Les privilèges sont donc des exceptions en théorie, mais sont en réalité très nombreuses, la situation juridique et sociale est donc très complexe.

B. La diversité des coutumes territoriales

1) La formation du droit coutumier

Jusqu'au XIII^{ème} siècle, il y a deux mots pour désigner la coutume :

-« consuetudines », au sens propre, "taxes" → customs en anglais.

Ces taxes sont versées régulièrement au seigneur par les habitants de la seigneurie, et par les étrangers de passage. Ces taxes sont considérées comme légitimes lorsqu'elles sont perçues depuis longtemps, quand elles sont accoutumées. On a là un élément essentiel de la coutume : le temps. Ex : « le pain de l'ours ». A l'inverse, une taxe nouvelle est considérée comme une mauvaise coutume, une « mala consuetudo » considérée comme illégitime

même si elle est justifiée par une exigence nouvelle.

-« convenientia(e) », littéralement, la(les) convenance(s), les accords.

Ce terme désigne les coutumes au sens large. Ces accords se forment progressivement dans le champ du droit privé, c'est-à-dire le droit des biens, de la famille ou des personnes. Le processus de formation de ces accords reste obscur car par nature, la coutume est une pratique non écrite. Les traces les plus anciennes de ce terme remontent au 6^{ème} siècle, c'est un terme latin qui témoigne de la survivance du droit romain. Ces convenances reposent sur le consensualisme, l'accord des volontés. Cette notion de consensualisme est héritée du droit romain et n'a manifestement jamais disparue.

Ces accords de volonté sont passés principalement dans les milieux aristocratiques, parce que c'est dans ces familles qu'il y a des biens et des enjeux économiques à protéger. Pour assurer cette protection, les grandes familles aristocratiques passent des *convenientiae*. Ces familles sont imitées par le reste de la population. C'est à force d'être utilisées dans ces milieux que ces convenances, ces accords deviennent obligatoires et qu'on statue des règles coutumières.

Les coutumes sont donc nées de la répétition d'usages, et cette répétition est consacrée par le temps, qui en fait des normes juridiques. C'est là la principale caractéristique de la coutume : c'est une règle de droit consacrée par le temps. Par ailleurs, la coutume tire aussi sa force de son usage unanime. Une coutume n'a de force obligatoire que si elle est unanimement acceptée. Lorsqu'elle est contestée, elle disparaît. De même, si on cesse d'utiliser une coutume, elle disparaît également.

On voit par ces deux caractéristiques que la coutume est un mode de formation du droit qui vient de la population, des usagers du droit eux-mêmes. Ce sont les individus qui fabriquent les normes dont ils ont besoin.

A partir du XIII^{ème}, le mot *consuetudines* perd son sens fiscal et est utilisé pour désigner la règle coutumière en général.

Ce droit coutumier qui se forme donc à partir du XI^{ème} siècle va se développer d'une manière désordonnée, parce qu'il se développe autour de certains territoires qui sont les seigneuries. Ce que l'on appelle le ressort d'une coutume -son domaine d'application géographique- est déterminé par le territoire d'une seigneurie. Il y a donc autant de coutume que de seigneurie. Or ces seigneuries ont des étendues très variables.

Ex : Normandie = une seule entité politique, il y a donc une coutume applicable sur ce territoire, sur ce duché. En revanche, en IDF, il y a des dizaines de seigneuries qui sont distantes de 20 ou 30km, donc des dizaines de coutumes applicables.

Si bien qu'au Moyen Âge, le droit coutumier est un enchevêtrement de règles applicables qui rend difficile la mise en œuvre des coutumes.

Cette situation de mosaïque juridique a fini par s'atténuer parce qu'on a vu apparaître des grands courants régionaux de coutume, et parce qu'on a vu se développer un processus de fixation des coutumes grâce à l'écrit, la rédaction.

2) La stabilisation du droit coutumier

Cette stabilisation intervient à partir de la fin du XII^{ème} et au début du XIII^{ème}. Il s'est fait de deux manières.

a) Les familles de coutumes

Au XIII^{ème} siècle, les juristes instaurent une hiérarchie des coutumes, qui est opérée en distinguant les coutumes générales et les coutumes particulières.

Les coutumes générales sont celles des grandes principautés ou des provinces, et elles représentent le droit commun pour la province concernée. Les coutumes particulières, quant à elle, sont les coutumes locales au ressort plus petit, et elles représentent l'exception.

Par ailleurs, se constituent progressivement des familles de coutume par ensemble géographique. Ces grands ensembles correspondent à 4 groupes qui constituent des unités de droit coutumier :

-les coutumes « de l'ouest », de la Normandie à la Bretagne jusqu'à Poitiers. Ces coutumes ont pour caractéristiques

d'avoir été très influencées par la féodalité.

Tout d'abord, toutes ces coutumes pratiquent le droit d'aînesse (privilège successoral pour l'aîné) qui a été diffusé par le droit féodal, parce que l'aîné recueillait le fief et le titre de noblesse assorti. D'autre part, en général, dans le droit de la famille de ces régions, on accorde la préférence au lignage, c'est-à-dire à la famille sur plusieurs générations par rapport au ménage (le couple). Ce système protège donc les biens familiaux sur la durée.

La Normandie notamment fonctionne sur un régime dotal. La dot est la propriété de l'épouse, mais est gérée par le mari qui en fait ce qu'il veut.

-les coutumes « du nord », groupe picard-wallon qui regroupe les régions nord et est de la France. Au contraire des coutumes de l'ouest, celles du nord ont été très peu réceptives au droit féodal. L'alternative juridique à ces règles sont des structures communautaires très fortes et un régime favorable au couple et à la femme mariée. Elle bénéficie notamment d'un douaire, c'est-à-dire les biens que son mari lui donne.

-Les coutumes du « centre », groupe orléano-parisien qui sont à l'intersection entre les coutumes de l'ouest et celles du nord. Ainsi, elles utilisent à la fois le droit féodal et les structures communautaires. Elles sont devenues par la suite des coutumes de référence pour la systématisation du droit coutumier.

-Les coutumes du « midi », qui sont très influencées par le Droit Romain. Elles sont relativement homogènes. Elles s'appliquent au dessous de la Loire. Comme les coutumes du midi utilisent le droit romain, on appelle ces régions des pays de droit écrit, par opposition aux pays de coutumes qui correspondent aux 3 autres ensembles.

Le droit coutumier est donc par nature un droit pluraliste qui présente beaucoup d'avantages parce qu'il est souple et évolutif. De plus, il n'est pas contesté puisque la coutume se caractérise par un usage unanime, elle est donc acceptée par tous, elle présente donc un avantage certain par rapport au droit étatique, qui est parfois imposé et donc mal appliqué. Enfin, le droit coutumier est mémorisé sous forme d'adage qui résume une règle juridique (ex : le mort saisit le vif – la succession aux biens est instantanée ; lettres passent témoins – c'est-à-dire que la preuve écrite est supérieure à celle par témoin).

L'inconvénient de ce droit est d'abord qu'il est souvent difficile de prouver son existence, puisque c'est un droit par nature oral. D'autre part, ce droit oral est aussi quelquefois difficile à interpréter parce que son contenu peut être obscur, précisément certains adages très brefs. L'oralité de ce droit pose donc un problème pour prouver et interpréter ce droit. C'est pourquoi les coutumes ont été mises par écrit pour améliorer leur mise en œuvre.

b) La rédaction des coutumes

Ce mouvement de rédaction des coutumes est lié à la fois à la nécessité de palier les inconvénients de l'oralité, et à la fois au développement de l'utilisation de l'écrit dans le monde juridique. Il commence à la fin du XII^{ème} siècle dans le Sud (midi de la France, Italie du Nord). Les Seigneurs, ou les autorités municipales des villes font procéder à la rédaction des coutumes de leur région. Ces coutumes sont des textes officiels, parce qu'ils émanent de l'autorité publique, ou au moins sont élaborés sous son contrôle.

Le contenu de ces coutumes rédigées est très varié, on y aborde tous les champs du droit. Principalement du droit privé, mais aussi du droit pénal. Il y a également des franchises -des libertés accordées à des groupes d'individus protégés alors par la coutume, des règlements économiques, des règlements de police, et enfin des règles municipales.

Le texte le plus ancien que nous ayons est « Les statuts d'Arles » de 1162. Dans les pays de droit écrit, les coutumes sont donc rédigées assez tôt dans un cadre officiel. Ce mouvement de rédaction de la coutume gagne peu à peu les régions du Nord. Dans ces pays de coutume, ce sont les praticiens qui composent des recueils privés de coutumes. Ces praticiens sont des juges ou des agents administratifs au service du roi ou du seigneur, notamment des baillis. C'est l'agent administratif de base au Moyen Âge, il s'occupe de tout. La première rédaction privée concerne la Normandie à la fin du XII^{ème} siècle et se nomme le Très Ancien Coutumier de Normandie.

Au milieu du XIII^{ème} siècle, d'autres coutumes sont rédigées, en Normandie il y a un second recueil : Le Grand Coutumier de Normandie, qui est toujours en vigueur dans les îles anglo-normandes. Sont rédigées également à cette période :

- les coutumes de la région Touraine Anjou : les Établissements de Saint Louis ;
- les coutumes d'Orléans : Le Livre de Jostice et de plet (= plaid → plaider)
- les coutumes du Vermandois, par Pierre de Fontaines sous le nom de Conseil à un Ami
- les coutumes du Beauvaisis, par Philippe de Beaumanoir

Ce mouvement se prolonge aux XIV et XV^{ème} siècles avec la rédaction de la coutume de Champagne, de Bretagne, de l'Île de France (Grand Coutumier de France), du Nord (par Jean Boutillier nommées Somme rural), de Bourgogne et du Poitou.

Toutes ces rédactions privées sont de valeur inégale. Les coutumes de Beaumanoir par exemple sont un travail remarquable solide et fiable, mais d'autres sont particulièrement confuses.

Le problème que posent ces coutumiers privés est un problème de preuve, puisque n'étant pas des recueils officiels, ils ne peuvent être invoqués en justice pour prouver l'existence d'une coutume. Pour prouver l'existence d'une coutume dans les régions du Nord, on a donc recours à l'enquête par turbe (=foule). On interroge dix habitants du ressort concerné pour qu'ils affirment unanimement l'existence d'une règle coutumière. L'issue des procès est donc incertaine parce que le jugement dépend du degré de compréhension de la coutume par le juge.

Ces défauts de la coutume médiévale ont été corrigés dans l'Ancien Régime.

Section II : La coutume dans l'Ancien Régime (XVI –XVIII^{ème} siècle)

Pour comprendre cette évolution, il faut se replacer dans le contexte institutionnel qui se dessine à partir du XIV^{ème} siècle. À cette période, la royauté entame la reconstruction de son autorité. L'objectif du roi est d'assurer et de consolider sa souveraineté. Pour cela, il se sert de plusieurs moyens, et notamment du droit. Il fait appel à des juristes spécialisés dans le droit Romain (des légistes → leges, lois). Ces légistes entourent le roi et s'appuient sur le droit romain pour faire l'éloge de la loi, et insistent sur la fonction législative du roi.

Ils développent donc un discours sur l'importance de la loi. Ce discours devient au XVI^{ème} siècle un point central dans la théorie de la souveraineté royale, et cette théorie est à cette époque représentée par Jean Bodin. Ce dernier fait de la loi la marque distinctive de la souveraineté royale. L'objectif de cette reconstruction est de construire une unité politique autour du roi.

Dans ce contexte, le droit coutumier, tel qu'il se présente à la fin du Moyen Age, est en contradiction avec ces doctrines unitaires, puisque malgré les rédactions, ce droit est foncièrement pluraliste. Par ailleurs, le droit coutumier échappe au contrôle du pouvoir politique (pouvoir royal) puisqu'il émane d'un groupe social et qu'il évolue avec ce groupe.

Au XVI^{ème} siècle, dans le cadre de ce projet d'unification et de centralisation du droit, la royauté intervient, à la fois dans le contenu et dans le développement du droit coutumier, elle entend mettre sa marque sur ce qui constitue la première source du droit.

La coutume se maintient pourtant comme première source du droit. Le droit privé reste donc jusqu'à la révolution un droit essentiellement coutumier, qui s'occupe de la condition des personnes (noblesse, bourgeois, serf...) et du statut des biens (biens familiaux, biens entre époux, fiefs, censives). Le fief et la censive sont de catégories de tenures, des biens concédés par un seigneur. Le fief est une tenure noble donnée à un individu à charge de services nobles (militaires). Ces deux catégories subsistent même en l'absence de féodalité, et sont réglées par les coutumes.

Deux domaines de droit privé échappent aux coutumes : le mariage -par extension, la filiation, puisqu'il s'agit d'un sacrement qui relève du droit canonique, et les contrats et obligations, puisqu'ils relèvent de préférence du droit romain.

La souveraineté se retrouve donc face à une source du droit très importante qui couvre des champs considérables et sur laquelle la royauté n'a pas de prise. Il s'agit donc d'abord de corriger la diversité coutumière pour en faire un droit unifié, mais également de marquer le droit coutumier de l'empreinte royale.

Pour parvenir à ce double objectif, la royauté entreprend la rédaction officielle de toutes les coutumes, une entreprise qui s'inscrit dans un mouvement plus large à l'échelle européenne puisque dès la fin du XV^{ème}, plusieurs monarchies prennent cette même initiative (Portugal, Pays Bas...)

A. La rédaction officielle des coutumes

Cette rédaction s'est faite en deux temps : une première vague qui commence au milieu du XV^{ème} siècle et qui finit au milieu du XVI^{ème}, une deuxième vague dans la deuxième moitié du XVI^{ème}

1) La rédaction proprement dite

Cette première phase est décidée par Charles VII dans une ordonnance : **L'ordonnance de Montils lès Tours** qui date de 1454. L'article 125 de cette ordonnance ordonne la rédaction de toutes les coutumes pour abréger les procès et pour améliorer la connaissance du droit coutumier par les juges. Cette ordonnance a eu très peu d'effet immédiat, puisque dans les années qui suivent, seules sont rédigées la coutume de Bourgogne (1459), celle de Touraine (1461) et celle d'Anjou (1463).

Le mouvement de rédaction officiel commence réellement à la fin du XV^{ème} siècle sous Charles VIII avec l'ordonnance d'Amboise de 1498. Cette ordonnance simplifie la procédure de rédaction des coutumes, et grâce à elle, la plupart des coutumes sont officiellement rédigées durant la première moitié du XVI^{ème}.

Cette procédure consiste à associer pour chaque province des représentants du roi et des juristes locaux. Ils établissent un avant projet qui est soumis à l'assemblée qui représente la province (**Assemblée des États provinciaux**), qui rassemble des représentants provinciaux des trois ordres. À ce stade, il y a une discussion entre l'assemblée et les représentants du roi. Les articles qui sont acceptés sont dits accordés, et les articles sur lesquels il y a désaccord, on les dits discordés. Pour ces derniers, on a recours à la plus haute juridiction de la province : le Parlement, qui arrête le texte définitif.

Ici, les représentants du roi sont donc présents à toutes les étapes, et leur rôle est certes extérieur : ils n'imposent aucune règle, mais il est décisif parce qu'il permet de fixer le droit coutumier et d'éliminer des coutumes jugées mauvaises, déraisonnables.

Les représentants du roi ont donc permis d'améliorer le droit coutumier. Ces coutumes rédigées officiellement sont appelées les **coutumes certaines**. Ces coutumes demeurent cependant disparates d'une région à l'autre, et on ne sait toujours pas quelle règle appliquer en priorité en cas de conflit.

2) La réformation des coutumes

Ces coutumes certaines, rédigées, sont remaniées pour supprimer les discordances et améliorer le fond du droit coutumier. Cette seconde vague correspond donc à la réformation. La procédure suivie pour cette réformation est la même que pour la première rédaction, avec des représentants locaux et royaux, et elle se place dans le ressort des parlements. L'objectif est de favoriser l'unification du droit coutumier autour du ressort du parlement de Paris, puisque ce ressort couvre environ les 2/3 de la France et pourra servir de référence au tiers restant.

Le représentant du roi dans ce parlement est le premier président du Parlement de Paris, qui s'appelait Christophe de Thou. Cette réformation a été très efficace, puisqu'elle a permis la suppression des coutumes contradictoires à l'intérieur d'un même ressort du Parlement, et les nouvelles coutumes sont pour certaines des "mini codes civils", puisqu'elles sont des complications de droit privé à l'échelle d'une province.

Ces coutumes réformées s'appellent donc les « Nouvelles Coutumes », et elles resteront en vigueur jusqu'à la Révolution. Certaines iront même jusqu'à prolonger leur existence dans le Code Civil, c'est le cas notamment de la Nouvelle Coutume de Paris (1580) qui a servi de référence pour une bonne partie du code Napoléon de 1804, du fait qu'il s'agit d'un recueil de règles équilibrées qui a été commenté et analysé par un grand juriste du XVI^{ème} : Charles du Moulin.

Dans ce processus, le roi a joué un rôle important de gardien des coutumes. Cela consiste pour le Roi à faire appliquer les bonnes coutumes par les tribunaux et annuler les mauvaises (considérées comme injustes).

Cette initiative a eu des conséquences décisives pour le maintien de la coutume comme source du droit.

B. Les conséquences de la rédaction des coutumes

1) La consolidation du droit coutumier

La rédaction officielle des coutumes a permis d'en diminuer le nombre. Tout d'abord par la disparition des coutumes dites locales (applicable à petite échelle) au profit des coutumes générales applicables à une province. Certaines coutumes locales ont subsisté à la condition qu'elles ne dérogent pas aux coutumes générales. Au XVIII^{ème} siècle, il y a donc 65 coutumes générales, et environ 300 locales en France.

Cette consolidation se conçoit également dans l'uniformisation du droit, et sa modernisation. Cela signifie que les règles obsolètes sont éliminées, des règles nouvelles sont intégrées, qui sont empruntées parfois au droit romain, parfois à la jurisprudence, ou parfois même au commentaire des juristes sur le droit coutumier.

Grâce à cette mise à l'écrit, le droit coutumier a pu se maintenir. Il y a cependant eu un effet négatif, parce que la rédaction a figé le droit coutumier, et donc empêché son évolution. Cela va à l'encontre d'une des règles principales du droit coutumier qui est d'évoluer en permanence avec facilité.

Au XVIII^{ème} siècle, certaines coutumes fixées au XVI^{ème} ne sont plus utiles, ou plus adaptées. Le droit coutumier est donc devenu caduque, ce qui pose la question de savoir si la rédaction des coutumes a changé la nature du droit coutumier, puisqu'une fois rédigé, le droit coutumier n'est plus un droit oral fondé sur l'usage prolongé et l'acceptation tacite.

Les commentateurs des coutumes sont donc divisés sur la nature populaire ou non de ce droit coutumier. Du Moulin au XVI^{ème} siècle considère que même rédigée, la coutume est un droit populaire puisque l'acceptation de la règle n'est plus tacite mais expresse, donnée par les représentants des assemblées d'État provinciaux.

Au contraire, au XVII^{ème} siècle, un autre spécialiste de la coutume, Domat, considère au contraire que la coutume écrite tire son autorité juridique de la volonté royale, et non plus du consentement populaire. Ces débats constituent donc la preuve qu'il existe à partir du XVI^{ème} siècle une doctrine coutumière.

2) La naissance d'une doctrine coutumière

Cette naissance est une conséquence indirecte mais décisive de la rédaction des coutumes. En effet, dès le début du XVI^{ème}, apparaissent les premiers commentaires sur les coutumes. Ces commentaires sont faits par des juristes qui utilisent une méthode empruntée aux spécialistes des droits savants (romain et canonique) qui consiste à faire un commentaire du vocabulaire, une analyse terminologique des coutumes, et une analyse des pratiques coutumières. Cette influence des droits savants se voit notamment dans l'œuvre d'Antoine Loisel, qui publie en 1607 un commentaire sur le droit coutumier qu'il intitule 'Les Institutes coutumières'. Il reprend donc dans ce titre un terme latin qui correspond à un des éléments des compilations de Justinien, et au manuel de droit de Gaius au II^{ème} siècle.

De la même manière, un autre juriste nommé Charondas le Caron qui publie en 1496 un commentaire sur le droit coutumier qu'il appelle « Les Pandectes du droit français ». Pandecte est le terme grec qui désigne les compilations de Justinien.

Il y a donc une inspiration romaine.

La deuxième génération des commentateurs apparaît au XVII-XVIII^{ème} siècle et se situe plutôt dans le lignage des humanistes. Ces humanistes veulent analyser le droit coutumier avec logique. Il y a notamment dans cette génération Pothier (commente la coutume d'Orléans en 1740 et Bourjon (coutume de Paris en 1747).

Le travail de ces juristes spécialistes du droit coutumier permet de faire émerger une véritable science du droit coutumier qui rivalise avec la science des romanistes et qui tend même à la dépasser. De ce fait, le commentaire de coutume qui est un genre mineur au XVI^{ème} siècle, devient entre le XVII et XVIII^{ème} siècle un véritable travail de référence.

Ce travail des commentateurs a permis d'instaurer une unité du droit coutumier, or ce droit était par nature pluraliste et diversifié. L'objectif des juristes du XVI^{ème} siècle était de réduire la place du droit romain et d'instaurer ce que les spécialistes appelaient un droit commun coutumier. Ce droit avait vocation à remplacer le droit romain et le droit canonique. Qui s'étaient implantés dans le paysage juridique français depuis le moyen âge.

Ce travail s'est focalisé sur la nouvelle coutume de Paris, et s'est appuyé sur une démarche de comparaison et d'analyse critique des différentes coutumes. Cette démarche consiste à rédiger des conférences de coutume.

La coutume est donc critiquée et analysée par des juristes qui veulent constituer un droit commun coutumier, qui sera constitué à partir de cette analyse de doctrine. C'est certainement pendant cette période que l'on voit

apparaître l'idée que ce droit commun coutumier constitue l'un des éléments de ce qu'on pourrait appeler le droit français. L'objectif de ce droit commun coutumier est de servir de référence à la place du droit romain qui, pendant tout le Moyen Age avait cette place de référence.

Ce travail de la doctrine coutumière vise donc à interpréter les coutumes générales mais aussi à élaborer des traités spécialisés sur certains points du droit privé. L'un des grands juristes qui ont réalisé ces traités est Pothier (milieu du XVIIIème). Il réalise des synthèses sur différents thèmes du droit privé.

Pour accompagner ce mouvement, la royauté promulgue **l'Édit de Saint Germain en Laye 1679** qui instaure l'enseignement du droit français dans les facultés de droit. À partir de cette époque, ce sont de grands juristes coutumiers qui deviennent enseignants (Pothier – Orléans ; Ferrière – Paris ; Serres – Montpellier). La plupart de ces spécialistes se basent sur la Nouvelle Coutume de Paris (1580), puisque c'est certainement le travail de référence pour l'ensemble du droit coutumier.

Même si certaines régions ont résisté au mouvement d'unification juridique (Bretagne, Normandie, Bourgogne...), on voit se former dans l'Ancien Régime une doctrine coutumière issue des deux rédactions officielles des coutumes qui a largement contribué à l'élaboration du droit français. C'est grâce à ce travail que la codification napoléonienne au XIXème a pu en partie être réalisée. La coutume a considérablement changé de nature entre le Moyen Age et l'Ancien Régime.

Au moyen Age règne un droit pluraliste et diversifié, alors que dans l'Ancien Régime il devient un droit unifié qui constitue un des piliers du droit français à côté de la législation royale, et la coutume apparaît comme le principal concurrent des droits savants.

Chapitre 3 : Les droits savants

Cette expression désigne deux droits : les droits canoniques et le droit romain. Pour bien comprendre ce droit, il faut partir d'un événement majeur pour le droit en Europe : la redécouverte du droit romain à la fin du XIème siècle. Cette événement est majeur pour deux raisons : tout d'abord, certains pays d'Europe vont fonder leur système juridique sur le modèle romain (l'Allemagne, la France dans une certaine mesure...) et d'autres comme la Grande Bretagne vont au contraire s'en écarter, et privilégier le Commonlaw. La Grande Bretagne, au contraire de l'Europe continentale s'est assez peu servi du droit romain. De plus, cette renaissance du droit romain a eu des conséquences décisives dans l'Europe continentale sur la constitution des systèmes juridiques, cela représente une réelle révolution.

Au moment de sa redécouverte, le droit Romain devient un droit européen et non plus seulement national. L'étude du droit romain se développe en Italie, en Espagne, en France, puis vers l'Allemagne et les autres pays d'Europe du Nord.

Ce fait est totalement nouveau parce qu'il se crée une forme de communauté culturelle autour du droit romain. Toute l'Europe Continentale utilise le droit romain à cette époque.

Par ailleurs, l'Église utilise elle aussi le droit romain dans la même optique universaliste, et elle participe à sa diffusion. Le droit canonique est donc constitué en grande partie par le droit romain.

Le droit romain a aussi beaucoup influencé la pratique juridique, c'est-à-dire la coutume, et au Moyen Age, les solutions du droit romain sont parfois intégrées dans le droit coutumier.

Cette appellation de « droits savants » vient de la langue utilisée par ces droits qui est le latin, qui est une langue dite savante par rapport aux langues dites vulgaires. De plus, le droit romain et celui canonique développent des conceptions théoriques et doctrinales du droit qui se fondent sur des concepts romains qui étaient oubliés ou déformés. Ils construisent des raisonnements juridiques à partir de concepts romains qui étaient perdus.

Ces droits savants ont été étudiés et enseignés, et on a vu se créer une véritable science du droit, et c'est cette élévation au rang de science juridique qui explique que jusqu'à la fin du Moyen Age, les droits savants aient été considérés comme le droit commun de l'Europe, et on parle à leur propos de « ius commune ».

Pour toutes ces raisons, la renaissance du droit romain à la fin du XIème siècle est décisif dans l'histoire du droit européen.

Section I : La redécouverte du droit romain

Le terme redécouverte laisse supposer que l'on avait oublié le droit romain, en réalité, on ne le connaissait que par des résumés qui étaient fondés principalement sur le code théodosien (438) -recueil des lois impériales des 4-5ème siècles donc on trouve des révisions dans le bréviaire d'Alaric. On avait en revanche perdu les Compilations de Justinien.

Quand on parle de redécouverte du droit romain, on fait référence à la redécouverte des Compilations de Justinien, à l'ensemble du droit Romain.

Les circonstances de cette redécouverte sont très obscures. Beaucoup de légendes se sont donc développées autour de cette redécouverte, une des plus célèbre concerne un manuscrit du Digeste. La légende raconte qu'il aurait été retrouvé en 1137 en Italie à Amalfi dans une maison en feu, et ce manuscrit aurait été retrouvé par les soldats qui avaient mis le feu. Ces soldats venant de Pise, ils l'auraient rapporté là bas, et il aurait atterri à la suite d'une guerre à Florence. Ce qui fait douter de la véracité de cette histoire est la date, dans la mesure où on sait que dès le XIème siècle, on enseigne le droit du Digeste en Italie, et que dans l'Église, les évêques et même le Pape utilisent le Digeste et le citent dans leurs écrits. Le droit de Justinien est donc connu en Europe bien avant 1137, par exemple chez Yves de Chartres.

Ce qui semble assez clair, c'est qu'à la fin du XIème siècle, un intérêt intellectuel se développe autour du droit de Justinien. Ces savants qui s'intéressent à ce droit donnent un nom à la Compilation de Justinien : Corpus Iuris Civilis (corps du droit civil, droit civil correspondant à l'époque au droit romain), et développent une méthode d'enseignement particulière pour comprendre et enseigner ce droit.

Les juristes qui analysent et interprètent le droit de Justinien sont nommés Glossateurs. Suivront au 13ème siècle les commentateurs, et enfin à la fin du Moyen Age les humanistes.

A. Les Glossateurs

Ce sont les maîtres qui lisent et enseignent le droit romain.

1) Les maîtres et leurs élèves

Le premier maître dont on ait gardé la trace s'appelait Irnerius et enseignait à Bologne. Il était grammairien de formation et enseignait 'les 3 arts' : grammaire, rhétorique, dialectique. Ces 3 arts formaient le trivium, c'est-à-dire que les étudiants de premier cycle n'avaient d'enseignement que dans ces 3 disciplines littéraires. Son enseignement consistait à lire devant les étudiants la compilation de Justinien, il a duré entre 1088 et 1125.

Irnerius a formé 4 disciples qui se sont lancés dans l'analyse du droit romain au milieu du XIIème : Martinus, Bulgarus, Hugo et Jacobus. Ils ont fondé tous les 4 une véritable école de droit à Bologne : ils ont à leur tour enseigné et formé des spécialistes qui ont diffusé cet enseignement, notamment Azon (mort en 1228) et Accurse (mort en 1265).

2) La méthode des glossateurs

Le terme glossateur est formé sur le mot 'glose' qui désigne en grec un mot, et par extension une langue, et en français il s'agit d'un commentaire sur un mot ou sur un texte. Les glossateurs sont donc ceux qui font des gloses. Quand les compilations de Justinien sont redécouvertes, elles contiennent un vocabulaire juridique qui est difficile à comprendre pour les savants du Moyen Age. Le latin est une langue obscure et compliquée.

Non seulement, la langue utilise des termes latins qui ont été oubliés, un vocabulaire technique, mais en plus, les situations juridiques qui sont décrites dans les textes sont très éloignées du contexte culturel et juridique du XIIème siècle.

La première tâche des glossateurs a donc été de faire de l'explication de texte. Le maître fait une lecture à voix haute du texte et explique les mots importants ou difficiles. Chaque commentaire d'un mot est une glose. Les leçons faites dans l'école de droit de Bologne sont donc des lectures (en anglais, cours = lecture).

Ces lectures étaient avant tout orales, mais ont été mises par écrit au fil du temps pour garder la mémoire de

ces commentaires qui étaient très précieux. Dans la marge des manuscrits lus, chaque enseignant mettait son commentaire, sa glose.

Au fil des générations, chaque manuscrit s'est enrichi des gloses de tous les enseignants. Finalement, on ne voyait plus rien, les gloses envahissaient l'ouvrage.

Pour rendre utile le travail des Glossateurs, Accurses rédige vers 1230 La Grande Glose (Glose Ordinaire) qui est la mise en ordre au propre de toutes les gloses qui l'ont précédée. Les manuscrits étaient recopiés sur des feuilles nommées folios qui comprenaient le texte en latin entouré entièrement des commentaires mis au propre.

C'est donc un travail qui regroupe tout l'enseignement du droit romain à Bologne.

A côté de cette méthode d'analyse, les Glossateurs ont élaborés des outils plus synthétiques, plus pédagogiques, et ces outils sont nommés des sommes (summae). Ces sommes combinent un résumé d'un texte, et une explication courte de ce texte. Ce sont des outils beaucoup moins élaborés que dans La Grande Glose

3) L'apparition des universités

L'université apparaît à Bologne à la fin du XI^{ème} siècle dans le cadre de l'enseignement du droit. Cette ville restera la capitale de l'enseignement juridique jusqu'au XIII^{ème} siècle, et attire des étudiants de toute l'Europe, qui trouvent le latin comme langue commune et comme droit commun celui romain. Ce mouvement a ensuite gagné le midi de la France avec la création d'université à Montpellier, Toulouse, puis les régions du Nord, particulièrement Orléans.

L'enseignement du droit à Orléans commence en 1230, et l'université est créée officiellement en 1309. Cette université va éclipser la faculté de Bologne, et restera la plus grande jusqu'au XVII^{ème} siècle. C'est un mouvement parallèle en Europe : des universités se créent partout. C'est un mouvement continu et régulier autour de l'enseignement du droit.

Ce mouvement s'arrête à Orléans et n'atteint pas Paris, du fait d'une interdiction de l'enseignement de ce droit faite par le Pape en 1219 dans une décrétale, qui interdit l'enseignement du droit romain à Paris qu'on nomme « Super speculam ».

Cette interdiction a deux explications :

-Philippe le Bel (IV) en 1312 la justifie en disant que c'est une décision du roi Philippe Auguste liée au conflit entre la France et l'Allemagne. En effet, l'Allemagne est un empire, la France un royaume. L'empereur allemand se prétend politiquement supérieur au roi de France, et pour le justifier, il utilise du vocabulaire romain : il est titulaire de l'imperium alors que le roi de France a un pouvoir potestas. Dans l'argumentaire d'Henri IV, l'imperium (pouvoir absolu) est supérieur à la potestas (pouvoir dérivé).

Philippe le Bel invoque l'interdiction de l'enseignement du droit romain pour dire que ce droit n'a jamais été un droit de référence en France.

-La véritable raison est que le Pape voulait protéger l'enseignement de la théologie, et Paris était un grand centre européen de l'enseignement de la théologie. Il n'y a ici aucun motif politique.

C'est dans le cadre de l'université d'Orléans que se développe une nouvelle approche de l'enseignement du droit romain à partir du milieu du XIII^{ème} siècle. La méthode des glossateurs (explication littérale de texte) a atteint ses limites, et au milieu du XIII^{ème}, le sens littéral des textes romains est bien établi. Il faut donc maintenant commenter.

B. Les commentateurs

On les appelle aussi les post-glossateurs, pour montrer leur lien avec les glossateurs. L'inconvénient de l'analyse textuelle du droit romain est que cela fait du droit romain un droit figé, et c'est un droit parfaitement inapplicable au Moyen Age. Les professeurs de droit d'Orléans expérimentent alors un nouveau procédé d'interprétation, qui doit rendre ce droit utilisable parce qu'il peut être un outil innovant qui améliore le droit privé comme public.

Les initiateurs de cette nouvelle méthode sont donc des professeurs de droit d'Orléans : Jacques de Révigny

(mort en 1296) et son élève Pierre de Belleperche (1308). tous les deux vont s'inspirer d'une méthode d'analyse empruntée à la théologie : la scolastique. Cela consiste à argumenter sur un thème en donnant les arguments pour et ceux contre, et en proposant à la fin une réponse qui constitue un troisième temps. C'est donc un raisonnement par discussion.

Dans le droit romain, cette méthode consiste à regrouper les sources, les textes par thème, discuter le contenu de ces sources (pro/contra), examiner les divergences qu'on essaye d'expliquer, et enfin proposer une interprétation, une solution qui est le produit de cette discussion. Il y a donc une idée de dialectique.

Révigny et Belleperche rédigent des traités de droit romain avec des arguments subtiles pour arriver à des solutions.

C'est ainsi qu'Orléans attire des étudiants de toute l'Europe, dont la plupart ont été formés à Bologne. Parmi eux, il y a Sinus de Pistoie, qui diffuse l'enseignement d'Orléans à Bologne, ce qui permet un renouveau au XIV^{ème} siècle de l'université de Bologne. Ce renouveau est incarné par deux grands juristes italiens du XIV^{ème} : Balde et son maître Bartole. Ils vont fonder un nouveau courant doctrinal qui va dominer la science juridique jusqu'au milieu du XVI^{ème}.

Bartole est le juriste le plus important ce courant post-glossateurs. Il est l'incarnation de la science juridique médiévale. Son œuvre est immense, et est constituée par de très nombreux commentaires du Corpus iuris civilis (CJC), il a également rédigé des traités, et indépendamment de ses commentaires ou traités sur le CJC, il a rédigé des concilias (conseils), c'est-à-dire des consultations juridiques. Ce sont les avis que Bartole a donné sur des points de droit, et des quaestiones, des discussions autour de points de droit pour parvenir à une solution pratique. C'est l'apport essentiel de Bartole pour la science juridique: il a voulu faire du droit romain un droit pratique, utilisable.

Pour parvenir à cet objectif, Bartole se base sur une interprétation dite « casuistique », c'est-à-dire à base de cas, et toute sa méthode consiste à inventer des cas, parfois simples et parfois complètement absurdes. L'objectif est de trouver les solutions romaines susceptibles de résoudre ces cas. Il utilise comme ses prédécesseurs cette méthode dialectique avec le pour et le contre.

Ces quaestiones sont en réalité des sortes de joutes intellectuelles : elles sont interminables. À partir d'un cas, on envisage toute sorte d'argument. Très souvent, le droit romain n'offre aucune solution aux cas présentés. Dans cette situation, on invente des solutions nouvelles, on fabrique un droit prétendument romain qui se rattache vaguement à une règle du CJC mais qui souvent détourne ou force le sens de la règle romaine.

Le droit romain selon Bartole est donc un exercice intellectuel qui permet de trouver des solutions juridiques dans le CJC, et si on ne les trouve pas de les inventer. Ils prennent une très grande liberté avec les textes d'origine, et créent un droit nouveau.

Cette méthode est à l'origine du « mos italicus », la manière italienne, qui s'impose à la fin du Moyen Âge. C'est un mélange de droit romain mais aussi de droit municipal (les coutumes des villes sont intégrées), de droit canonique et de commentaires de spécialistes (civilistes). Cette méthode devient majoritaire au XIV^{ème} siècle.

Le mos italicus est utile au départ, mais dégénère au fil du temps parce qu'on en vient à faire des commentaires non plus sur les sources mais sur les commentaires. L'accès aux textes initiaux devient de plus en plus difficile à cause de l'accumulation d'interprétation. C'est parce que cette méthode s'est altérée qu'on a trouvé en réaction une nouvelle méthode d'interprétation du droit romain.

C. Les humanistes

Ce mouvement se place au XVI^{ème} siècle dans le contexte de la Renaissance (un mouvement artistique donc l'objectif est de faire renaître les valeurs de l'antiquité). L'humanisme est une des caractéristiques principales de cette période. C'est un mouvement intellectuel qui cherche à élever l'esprit humain par la culture (littéraire, scientifique ou juridique). On cherche à avoir un regard nouveau sur le monde, qui est lié à l'accroissement de la culture de chacun dans une culture à la fois scientifique et littéraire. L'esprit humain est au centre de la réflexion humaniste, plus particulièrement la raison, qui détermine l'esprit critique. C'est dans ce contexte intellectuel que se développe chez les juristes un nouveau mode de fonctionnement.

1) le courant scientifique

Il repose sur une approche critique du droit romain, non pas au sens de contestation mais à celui de jugement, d'appréciation. C'est une approche qui consiste à porter une critique sur un texte romain qui repose sur un examen méthodique complet de ce texte.

On va se servir de la philologie, mais aussi de l'histoire. En effet, dans cette méthode on tient compte de la chronologie des sources du CJC. On utilise aussi la diplomatique (diplôme = document officiel), c'est-à-dire l'étude de tous les éléments d'un document qui ne sont pas son contenu (forme, style, présentation formelle).

Le fondateur de cette méthode est Guillaume Budé, un grand intellectuel, juriste, helléniste, numismate, etc. c'était ce que l'on appelait un honnête homme. C'est le fondateur du collège de France.

On enseigne donc cette méthode dans les universités, particulièrement à Bourges, et cette méthode tend à remplacer l'ancienne méthode du *mos italicus*, et par opposition on appelle cette nouvelle méthode le *mos gallicus* (manière française). Le meilleur représentant de cette méthode est Jacques Cujas (mort en 1590).

L'objectif de cette méthode est donc de reconstituer le droit romain authentique, c'est-à-dire débarrassé des commentaires médiévaux. Dans cette approche critique, on tient donc compte de la chronologie en considérant que le CJC, rédigé au 6ème siècle, contient du droit quelquefois beaucoup plus ancien. Le postulat de Cujas est qu'au 6ème siècle, on ne comprend plus les sources du droit romain classique. Par conséquent, la compilation faite par Justinien est présumée interpolée. Une interpolation est une interprétation d'un texte qui fonctionne à l'inverse du plagiat : on s'attribue un texte qu'on a pas écrit. L'interpolation consiste à attribuer un texte à un auteur qui ne l'a pas écrit. On postule que la compilation n'a pas seulement consisté à recopier les textes anciens, mais aussi à les modifier.

Toute la démarche du *mos gallicus* consiste donc à retrouver ce droit romain d'origine.

Pour reconstituer ce droit pur, les spécialistes se servent d'abord de la comparaison des manuscrits, puis ensuite de la comparaison des textes juridiques avec les sources littéraires romaines. Ces textes sont notamment ceux laissés par Cicéron (106-43 av JC), ou encore le travail de Sénèque (mort en 65 ap), Plutarque (125 ap). Ces spécialistes connaissent donc à la fois les textes sur le CJC, mais aussi l'histoire romaine.

La différence essentielle entre le *mos italicus* et le *mos gallicus* est que le premier essayait d'expliquer les contradictions du CJC par un jeu d'interprétation casuistique par un système d'exception et de distinction, la méthode médiévale cherchait à rendre cohérent un ensemble plein de contradictions. Le *mos gallicus*, au contraire, explique les divergences du droit romain par l'évolution, l'écoulement du temps. Il repose donc sur une approche historique qui postule une évolution du droit. C'est cette évolution qui expliquerait les divergences et qui doit être analysée, commentée pour pouvoir restituer un État antérieur du droit romain.

Cette méthode a permis un renouvellement en profondeur de l'étude du droit romain, mais il présente deux inconvénients :

- on est passé très vite de la critique à l'hyper-critique, c'est-à-dire qu'à la fin du XVIème, on postule systématiquement des altérations dans tous les textes du CJC
- ce droit romain pur est inutilisable en pratique, et cette méthode apparaît donc comme une bataille d'érudit qui reste stérile.

2) Le courant pratique

Ce courant part non plus des universitaires, mais du milieu des magistrats et des avocats. Ces praticiens refusent l'idée que le droit romain soit un droit commun, ils considèrent que le droit romain n'est pas applicable à tous les peuples. L'argument de ces praticiens contre la valeur universelle du droit romain est que ni le *mos gallicus* ni le *mos italicus* ne parviennent à faire du droit romain un droit pratique, ce droit ne peut être invoqué comme outil juridique devant les tribunaux. De ce fait, il faudrait renoncer à trouver un droit commun et les praticiens du droit préfèrent le relativisme juridique, qui consiste à dire qu'il y a un droit propre à chaque nation. Il s'agit d'opposer au droit commun romain un droit national.

Ces praticiens prônent donc l'application en France d'un droit français, serait constitué en partie de droit romain, mais principalement de coutume et de tradition des provinces. Ce serait un droit pratique qui permettrait d'aboutir à des solutions juridiques.

Les principaux représentants de ce droit sont Charles Dumoulin et Guy Coquille. Ils vont rédiger des

commentaires sur les coutumes de leur région d'origine (respectivement Paris et Nevers). Ils ont contribué à faire connaître les grands recueils coutumiers en France, et présentent le droit romain comme un droit étranger en opposition au droit français.

Pour ces juristes, le droit commun ne doit plus être la règle mais l'exception. Ce mouvement a joué un très grand rôle politique dans la mesure où il a servi d'argument dans la construction de l'État royal. En effet, c'est sur la base de ce droit français que la royauté a voulu légitimer son autorité et son indépendance face à ses voisins, principalement la Papauté et l'Empire Germanique. Ces deux grandes instances revendiquaient une supériorité politique sur le Roi de France. Pour justifier cette supériorité politique, l'Empereur et le Pape invoquaient le droit romain (*imperium*).

Pour répondre à ces prétentions hégémonie basées sur des notions romaines, la royauté française a soutenu qu'elle avait une tradition politique indépendante parce qu'elle avait un droit spécifique. Ce droit propre, disaient les juristes de la fin du Moyen Age, est très ancien, et on le faisait remonter à la période Franque (carolingiens, mérovingiens). On voulait ainsi montrer que la Gaule s'était détachée très tôt de la tutelle romaine, et qu'elle avait toujours obéi à des règles juridiques propres. Par ce raisonnement, au XVI^{ème} siècle, on voulait montrer que l'indépendance politique de la France était très ancienne, quasiment d'origine.

Historiquement, cet argument n'a aucun sens, mais on se sert de l'histoire pour des constructions de théorie politique. De ce fait, l'histoire a, dans cette construction théorique, une valeur normative. Finalement, on dit donc que le droit français a une telle longévité qu'il est forcément obligatoire et identitaire. L'argument est que plus l'ancrage historique est ancien, plus la revendication politique est légitime.

Pour autant, Dumoulin et Coquille sont nourris de droit romain.

3) Le courant dogmatique

Ce courant se développe surtout aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles dans le cadre d'une notion de *jusnaturalisme* (droit naturel). C'est un mouvement intellectuel qui consiste à s'intéresser aux droits fondés sur les qualités naturelles de l'Homme. Pour distinguer ce mouvement du droit naturel dans l'Antiquité, on parle de l'école du droit naturel, ou de droits naturels au pluriel.

La différence entre ces droits naturels et le droit naturel de l'Antiquité réside dans le fait que le droit naturel est celui qui est dans la nature. Pour des gens comme Aristote, c'est le droit que trouve l'Homme quand il arrive, il pré-existe aux Hommes (ex : mariage). L'école du droit naturel s'intéresse aux droits qu'ont tous les Hommes parce qu'ils sont des Hommes. En ce sens, les droits naturels sont les ancêtres des droits de l'Homme.

Selon les tenants de l'école du droit naturel, ce droit doit être fondé sur la seule raison. Pour déterminer les droits naturels, ils faut chercher les droits fondés sur la seule raison, puisque c'est ce qui est commun à tous les Hommes. Cette raison est elle même constituée par l'ensemble des préceptes moraux et religieux qui ont été transmis par la philosophie antique. Les juristes qui vont s'intéresser au droit romain au XVII-XVIII^{ème} vont le faire dans une approche *jusnaturaliste* : le droit romain comme droit systématique et rationnel. Par conséquent, les juristes de cette époque vont reconstruire l'ensemble du droit romain pour le mettre en ordre selon la raison, l'enseignement de la nature.

Les deux grands juristes de ce courant sont Domat et Pothier. Cette mise en œuvre du droit romain se retrouve dans l'ouvrage de Domat (1689) Les loix civiles dans leur ordre naturel et dans les traités de Pothier, notamment (1761) Le Traité des Obligations. L'objectif de ces œuvres est de faire un exposé clair et cohérent du droit romain à partir des grands principes communs à tous les hommes.

Ces deux auteurs se sont beaucoup inspirés du raisonnement logique et déductif qui est aussi celui des mathématiciens, et ils tendaient à trouver des réponses à toutes les questions. La particularité du travail de ces juristes c'est qu'on va du général au particulier : on énonce la règle générale, et ensuite on l'illustre dans le cas particulier. Il y a là une grande nouveauté par rapport à l'action des Glossateurs et des Commentateurs. Dès lors, l'enseignement du droit en France se fondera sur cette méthode, et ce pendant longtemps.

Ce courant dogmatique a été déterminant pour notre système contemporain dans la mesure où il a inspiré les rédacteurs du code civil (notamment contrats, propriétés et obligations).

➤ **Le consensualisme** : en droit romain il s'agit d'une technique de création du contrat qui repose sur l'accord des volontés. En droit romain, ce procédé technique a représenté une nouveauté : pendant longtemps, le droit romain n'acceptait un contrat que par des gestes, des paroles, des rituels spécifiques obligatoire, et ce mode se

nommait formaliste.

Vers le 3ème siècle se développe le consensualisme sur une idée d'Ulpien. Ce dernier considère qu'il est conforme à la loi humaine de respecter ses engagements. Cette règle d'Ulpien va devenir chez les humanistes un principe général, qui veut que tous les contrats découlent de la volonté librement exprimée des parties. C'est ce que résument deux adages : Domat dit « le consentement fait la convention », et Pothier transpose un adage latin : « solus consensus obligate » : à lui seule le consentement oblige → **Article 1134 du code civil**

➤ **Théorie sur les vices des consentements** s'inspire du Traité des Obligations de Pothier, qui synthétise le droit romain en énumérant les 3 vices du consentement : l'erreur le dol et la violence → Article 1109 et suivants du code civil

➤ **La propriété** article 544 du Code civil fait de la propriété un droit absolu, et reprend la DDHC qui fait de la propriété un droit absolu et sacré. Cette idée est empruntée à Domat et Pothier qui se sont servis du droit romain, qui fait de la propriété un droit individuel. Cette idée est donc empruntée aux philosophes du droit naturel qui font du droit de la propriété un droit absolu, c'est-à-dire illimité, comparable au pouvoir qu'a Dieu sur les choses. Cette conception de la propriété est en rupture complète avec celle qu'on pouvait avoir depuis le Moyen Age.

Au Moyen Age, cette idée reposait sur celle de propriété simultanée : plusieurs personnes exercent le même droit sur la même chose. Notre notion procède au contraire de l'idée que la propriété est individuelle.

L'apport de ces humanistes est donc essentiel pour le droit français.

Les humanistes, notamment Domat et Pothier ont transformé le droit romain pour en faire un droit utilisable par les notaires et par le juge, et ce faisant ils ont préparé l'intégration du droit romain dans le droit français. Au lieu d'opposer le droit romain au français, ils considèrent que le droit romain peut rendre des services au droit français.

Section II : Le droit canonique

Ce droit est donc l'autre composante des droits savants, et c'est le droit de l'Église. C'est un droit très ancien formé dès les origines du christianisme. Mais pendant plusieurs siècles, jusqu'au début du Moyen Age, ce droit a eu un champ d'application assez réduit, pour deux raisons :

➤ la base du droit des chrétiens est à la base les évangiles (Nouveau Testament), et ce Nouveau Testament contient très peu de règles juridiques. L'essentiel de ces règles se trouve dans l'Ancien Testament mais n'a pas été utilisé par les premiers chrétiens

➤ l'Église s'est développée comme institution à partir du 4ème siècle, dans le cadre de l'Empire Romain. Et de ce fait, elle a utilisé essentiellement le droit romain, à la fois pour les structures administratives, pour les principes généraux et même pour les techniques d'élaboration du droit. Le cadre est donc l'Empire Romain. Elle utilise aussi le latin comme langue.

Originellement, l'Église se réfère donc à Rome. Cette référence primordiale est référée dans un adage : « l'Église vit sous la loi romaine » « ecclesia sub lege romana vivit ».

Le champ de l'Église va se développer à partir du 5-6ème siècle grâce au développement d'un réseau très organisé de paroisses, de diocèses et de provinces qui reprennent les anciennes structures romaines en Gaule. Ces structures représentent le seul repère stable dans un contexte politique qui se diversifie et qui se morcelle. De ce fait, au début du Moyen Age, l'Église va exercer une forme d'autorité que le pouvoir politique ne peut plus assumer.

Le droit canonique, à l'origine s'intéresse à deux choses : au personnel ecclésiastique (évêques, curés, ...) et aux obligations religieuses (sacrements, célébration du culte...). Le champ du droit canonique est donc théoriquement assez étroit. Cependant, assez rapidement, ce champ va s'étendre parce que beaucoup d'aspects de la vie familiale ou économique et sociale sont particulièrement régis par la morale chrétienne (ex : les relations entre époux ou celles entre parents et enfants → filiation, ou encore la question de la régulation des prix → interdiction de l'usure, le prêt avec intérêt).

L'Église revendique donc des domaines d'application de plus en plus large dans le droit.

A. Les sources du droit canonique

1) Les sources primitives

La tradition : elle rassemble les évangiles et les œuvres des pères de l'Église. Cette ensemble constitue ce que l'on appelle les écritures. Les pères de l'Église sont les premiers interprètes de la tradition chrétienne :

-**Ambroise**, évêque de Milan au 4^{ème} siècle qui est connu pour avoir baptisé St Augustin, et il a été le premier ecclésiastique à prononcer une excommunication contre un empereur romain, Théodose 1er, à la suite d'un massacre qu'il avait couvert à Thessalonique en 390. C'est la première fois que l'Église se place au dessus de l'empereur.

-**Jérôme**, connu au 4^{ème} siècle pour être l'auteur de la version latine de la Bible, la Vulgate. C'est le texte qui sert de base à toutes les traductions du Nouveau Testament en Europe Occidentale.

-**Augustin**, qui a vécu de 354 à 430 et qui était évêque d'Hippone en Algérie. Il est l'auteur de La Cité de Dieu, qui est le premier ouvrage de théorie politique. Il est aussi l'auteur des Confessions. C'est devenu l'un des grands penseurs politiques, sa philosophie est utilisée au Moyen Age et encore aujourd'hui. Au moment de la rédaction de La Cité de Dieu, le contexte était d'une très grande violence, et c'est un essai de paix. Il instaure dans le champ politique la dimension de la morale.

Les Conciles : vient du latin consilium qui désigne l'assemblée. Un concile est donc une réunion d'évêques. Ces réunions statuent sur des questions de dogme ou de discipline. Les décisions prises par ces conciles sont appelées des « canons » → droit canonique.

Les décrétales : ce sont des lettres qui sont écrites par le Pape en réponse à une question précise posée par un évêque sur un problème rencontré dans son diocèse. Ces décrétales correspondent au mécanisme romain du rescrit. Le rescrit est une réponse de l'empereur romain sur un problème de droit qui lui est soumis par des magistrats. La particularité de ces lettres est que la réponse apportée a une valeur générale, normative. Par extension, on appelle décrétale dans le droit canonique toutes les décisions du pape qui ont valeur de loi pour l'Église.

Ces sources primitives du droit canonique représentent donc le socle le plus ancien. Au fil du temps, elles deviennent de plus en plus nombreuses, et surtout de plus en plus dispersées. On se met donc à rédiger des compilations qu'on appelle des collections canoniques. Ces collections sont des compilations privées, ce qui signifie qu'elles ne sont pas toujours fiables, notamment parce que souvent il y a des vraies et des fausses décrétales.

Ce défaut principal incite à partir du XII^{ème} siècle à une remise en ordre systématique des sources du droit canonique, qui est faite sous l'impulsion de la renaissance du droit romain qui stimule l'activité des juristes d'Église. Cette mise en ordre va aboutir au XV^{ème} siècle à la constitution d'un corpus, le corpus iuris canonici (corps du droit canonique), qui fait clairement référence au corpus iuris civilis. Cette compilation de toutes les règles canoniques va rester le droit en vigueur dans l'Église jusqu'en 1917 (premier code de droit canonique).

2) Le corpus iuris canonici

a) Le décret de Gratien

Élaboré par Gratien, un moine de Bologne vers 1140, c'est une compilation d'environ 4000 textes canoniques issus de ces trois sources primitives. Ce décret n'est pas la première œuvre du genre, il a eu des prédécesseurs, notamment Yves de Chartres et Burchard de Worms au XI^{ème} siècle. Gratien utilise leur travail et introduit deux nouveautés de méthode :

-il instaure une hiérarchie entre les sources rassemblées, il considère que la lettre d'un Pape est plus importante que celle d'un évêque. De même, les dispositions d'un concile général sont plus importantes que celles d'un concile provincial ;

-le décret de Gratien cherche à donner une cohérence à l'ensemble des textes rassemblés. Le vrai nom de l'œuvre de Gratien est « La concordance des canons discordants ». Pour établir cette cohérence, Gratien fait un travail d'abord de classement et ensuite d'explication des sources. Cette démarche traduit une réflexion doctrinale qui n'existait pas avant lui.

C'est certainement pour cela que le décret de Gratien est un monument dans le droit canonique, c'est le premier essai d'une harmonisation du droit canonique. Yves de Chartres ou Burchard de Worms constataient les incohérences mais n'essayaient pas d'y remédier.

La méthode utilisée par Gratien est la scolastique, la méthode des théologiens. Cette méthode consiste à rassembler les sources par thème, et à l'intérieur de chacun d'entre eux, on repère les divergences et on classe les sources en pro et contra, en principe et exception. À l'issue de l'examen des divergences, on donne la solution, le dictum (le « dit »).

Cette méthode va devenir au XIII^{ème} siècle la dialectique, le cadre dans lequel on raisonne depuis le Moyen Age pour élaborer un raisonnement juridique et philosophique.

Ce décret a eu un très grand succès en France, mais aussi en Allemagne et en Angleterre, ce qui lui donne un caractère quasi officiel. Il a servi de base à des études et des commentaires, et les spécialistes qui se sont penchés sur l'analyse de ce décret se nomment des « décrétistes ». Le plus célèbre d'entre eux s'appelait Huguccio de Pise (fin du XII^{ème}). L'apport principal d'Huguccio est l'utilisation du droit romain pour combler les lacunes du droit canonique. Il a mélangé le droit romain et le canonique, et cette approche nouvelle annonce le rapprochement entre les deux droits qui interviendra à la fin du Moyen Age et qu'on désigne sous deux expressions « *utrumque ius* » (les deux droits) et « *ius commune* » (le droit commun) -désigne l'idée que les droits savants doivent être le droit commun universel en Europe.

b) Les décrétales

Ce sont des lois pontificales, qui sont émises par le Pape. À l'origine, c'était donc des réponses que le Pape adressait aux évêques sur un problème juridique, elles correspondaient à la technique du prescrit romain. Elles se développent considérablement à partir du XII^{ème} siècle parce que l'autorité du pape s'est développée à l'intérieur de l'Église du fait de la réforme grégorienne (Pape Grégoire VII) à la fin du XI^{ème} siècle. Ce Pape a entrepris une réforme interne de l'Église sur deux axes principaux :

- la **moralisation de la vie des ecclésiastiques**, des clercs. Grégoire VII dénonce deux dérives : le **nicolaïsme**, le mariage des prêtres. Il reproche aux ecclésiastiques de mener une vie de débauche et la **simonie**, la vente, le trafic, des biens de l'Église (référence à Simon qui voulait acheter à Pierre le pouvoir de faire des miracles)
- l'**élimination de la prédominance des laïques dans le fonctionnement de l'Église**, principalement le rôle des rois dans la désignation des Papes et des évêques.

Cette réforme grégorienne marque un tournant dans l'histoire de l'Église parce qu'elle a contribué à l'accroissement de l'autorité du Pape qui est présentée comme une garantie d'unité de l'Église. Puisque le Pape a une autorité plus grande à la fin du XI^{ème}, son activité juridique va se développer, et le nombre de décrétales augmente considérablement. Ce mouvement est renforcé par le fait que les papes sont eux-mêmes à cette époque de très bons juristes, et parviennent à combler les lacunes du droit canonique.

Comme cette activité se développe, il devient nécessaire de rédiger des recueils, des compilations officielles de ces décrétales. Le décret de Gratien contenait des sources très variées, les recueils de décrétales ne contiennent que des décrétales.

Il y a plusieurs compilations réalisées jusqu'à la fin du Moyen Age.

- le **Liber extra**, réalisé en 1234 sous l'initiative du Pape Grégoire IX abréviation de Liber decretalium extra Decretum vagantium (littéralement, livre des décrétales qui se promènent en dehors du décret). Autrement dit, ce Liber extra rassemble toutes les lois pontificales postérieures au décret de Gratien. Ces décrétales sont classées par matière et composées de 5 livres
- le **Livre Six** (liber sextus) rédigé en 1298. Il rassemble les lois postérieures à 1234
- le **recueil des Clémentines**, publié en 1317 sous l'initiative de Clément V. Ce sont les décrétales publiées par Clément V
- les **Extravagantes** en 1324 et 1500, les décrétales en dehors des recueils précédents. Le dernier recueil de 1500 est l'œuvre d'un canoniste, Jean Chappuis.

Ces décrétales sont étudiées par des spécialistes, des canonistes qu'on appelle des **décrétalistes**. Les plus

importants sont le Pape Innocent IV qui publie en 1253 un commentaire sur les décrétales, Henri de Suse, cardinal d'Ostie qui fait des commentaires très poussés de la législation pontificale, et Guillaume Durand, évêque de Mende.

Toutes ces compilations vont constituer le corpus iuris canonici qui reste l'essentiel du droit canonique jusqu'en 1917.

B. L'apport du droit canonique

L'Église joue un rôle éminent dans la société du Moyen Âge et de l'Ancien Régime. De ce fait, le droit canonique a une compétence très large dans les domaines du droit public et privé.

Dans le droit privé, l'Église revendique une compétence exclusive pour toutes les matières qui impliquent un serment ou un sacrement. Ces matières sont le mariage et ses effets, les contrats, les testaments et donations (souvent faits en faveur de l'Église), et enfin le champ du droit pénal.

1) Le mariage

Le droit canonique sur le mariage se développe particulièrement à partir du XII^{ème} siècle.

a) Les empêchements à mariage

Ce sont les règles qui interdisent le mariage à l'intérieur de la famille, les mariages dits endogamiques. Le droit canonique élabore ces règles en déterminant le degré de parenté à partir duquel ces mariages sont autorisés. L'Église fixe ce degré au 4^{ème} degré. Ce qui est particulier, c'est la manière de compter les degrés. Dans notre droit moderne, la parenté est comptée sur le modèle romain : on remonte à l'auteur commun. Les degrés canoniques sont le double du degré romain, 4^{ème} degré pour système canonique = 8^{ème} dans le système romain.

Les empêchements à mariage instaurés par l'Église canonique sont donc particulièrement difficiles à respecter. Dans la société médiévale, c'est assez difficile. L'objectif est d'éviter plus qu'une alliance entre deux familles. En effet, par le mariage, toute la famille des époux entre dans la belle famille correspondante.

Ce système très contraignant a été difficile à mettre en place et l'Église a accordé souvent des dispenses.

b) La nature juridique du mariage

A Rome, le mariage est un contrat consensuel dans lequel le consentement est donné par les chefs de famille, et ce contrat peut être rompu par un divorce. Dans les coutumes germaniques, le mariage est formé par la cohabitation ou la consommation (relation sexuelle). Il peut être rompu par la répudiation. Dans ces deux cas, le mariage est avant tout l'affaire des familles, il est conclu par les parents et peut être dissout.

Lorsque le droit canonique se forme, l'idée générale est que ce sont les familles qui décident et le lien peut être rompu. L'Église adopte un point de vue totalement différent.

Le droit canonique reprend le principe romain du consentement et écarte la question de la consommation, mais le consentement doit être donné par les époux et non par la famille. L'Église fait valoir que le mariage n'est pas un contrat, mais un sacrement qui engage le salut de l'individu. Le sacrement ne peut donc être administré que si il est librement consenti par l'intéressé.

Cette doctrine représente un tournant, mais un problème de preuve se trouve : beaucoup de mariages clandestins se créent (sans l'accord des parents). La question concerne non seulement le statut des époux, mais aussi celui des enfants. Les enfants légitimes (nés dans le mariage) sont privilégiés, mais comment prouver que l'on est issu d'un mariage si le mariage a été secret ?

Ces problèmes ont été résolus au 13^{ème} siècle dans le Concile de Trente (1545-1563). Il y est décidé que le mariage est un acte solennel, c'est-à-dire qu'il doit être passé devant un curé, et le rôle du curé est de servir de témoin. Cette règle est passée dans le droit français avec l'ordonnance de Blois de 1579. Depuis le XIV^{ème} siècle, la France proclame son indépendance politique envers le Pape. Par conséquent, l'Église de France est indépendante de Rome. Cette doctrine s'appelle le gallicanisme. Les actes de Concile doivent donc être réceptionnés dans le droit français, il doit y avoir une loi qui intègre les dispositions dans le droit français.

L'ordonnance de Blois ajoute une condition : l'obligation du consentement des parents au mariage. Elle

concilie donc les impératifs canoniques et coutumiers.

Chapitre 4 : La loi

Pour comprendre l'importance de la loi dans notre droit, il faut partir du XII^e siècle, c'est-à-dire du moment où se reconstruit l'autorité royale. C'est une période à partir de laquelle le roi développe progressivement sa souveraineté, tout d'abord au plan intérieur, par la domination des seigneurs féodaux, et ensuite au plan extérieur par l'affirmation de l'autonomie politique du royaume de France par rapport à l'empire d'Allemagne, et au Pape.

La reconstruction de la souveraineté s'est réalisée lentement et s'accompagne d'une intervention toujours croissante du roi dans le domaine des sources du droit. Cette construction est donc inséparable de l'activité juridique, qui se traduit dans deux domaines : celui des coutumes et celui de la production de loi, une activité normative qui contribue à la formation du droit français.

Le roi s'est donc beaucoup investi dans le domaine législatif pour soutenir la construction d'un droit français qui est mis au service de l'affirmation de sa souveraineté politique. Cette activité normative franchit une étape importante à partir du XVII^e siècle, au moment où les lois royales deviennent plus nombreuses et plus efficaces. Ce mouvement se poursuit et s'amplifie avec la révolution, et encore plus au XIX^e siècle avec la codification.

L'activité normative du droit représente donc un mouvement constant d'accroissement.

Dans l'histoire de la loi en France, la Révolution a joué un rôle décisif, parce qu'elle a contribué à accélérer les mutations du droit entamées dans l'ancien régime. Du point de vue de l'histoire de la loi, il y a une certaine continuité entre révolution et ancien régime, et cette continuité essaye de réagir contre la rupture radicale que représenterait la Révolution dans l'Ancien Régime.

Pendant longtemps, les historiens ont insisté sur la rupture de la Révolution. Cette rupture est indéniable, elle a rompu sur de nombreux plans fondamentaux (abolition des privilèges etc), en revanche pour ce qui est de l'histoire de la loi, la Révolution a en grande partie repris et continué le processus entamé sous l'Ancien Régime. Si le travail a été si copieux, c'est parce que les assemblées de la Révolution ont utilisé les réformes entamées auparavant par la royauté.

Dans les lois radicalement nouvelles de la Révolution, toutes n'ont pas été durables. Le plus durable a été le matériel législatif hérité de l'ancien régime. Dans cette perspective, la codification de Napoléon représente une œuvre transactionnelle. Cela signifie que le code civil est le résultat d'un mélange entre des traditions juridiques diverses. Au lieu de transposer en bloc l'ancien droit, les rédacteurs du code civil ont donc transigé entre différentes traditions juridiques. Le code civil puise dans l'ancien droit et dans celui de la Révolution.

Après le code Napoléon, les évolutions ont suivi la même démarche. Ils réévaluent en permanence l'apport de la Révolution dans la codification, il s'agit de consolidation du droit, et elle couvre le XIX^e et le XX^e siècle.

L'histoire du droit en France se fait donc par accumulation et par consolidation. La révolution a donc modifié beaucoup de secteurs juridiques mais n'a pas rompu radicalement avec l'Ancien Régime.

Section I : Le roi et la loi

A. L'émergence d'un pouvoir législatif

1) La loi jusqu'au XII^e siècle

A partir de la fin du IX^e siècle jusqu'au milieu du XII^e siècle, la législation royale s'efface du paysage juridique. Les rois continuent d'émettre des actes juridiques, mais ces actes ne sont pas des lois. Une loi est une disposition générale et impersonnelle, or ces actes sont des dispositions particulières et individuelles. Il y a là un reflet de la situation politique, puisque dans cette période la féodalité s'installe, et le roi de France est un seigneur parmi d'autres, et même plutôt moins puissant. Il n'y a donc plusieurs normes applicables issues par tous les seigneurs, dont le roi. Chacun légifère là où son autorité est reconnue.

Depuis l'époque carolingienne, chaque seigneur y compris le roi doit obtenir l'accord de ses vassaux pour que ses dispositions soient applicables. Cette pratique est à l'origine de ce qui deviendra au Moyen Âge le gouvernement

par conseil.

Jusqu'au milieu du XII^{ème} siècle, les lois ont donc une portée très étroites. La première loi générale, donc valable pour tout le royaume date de 1155 et instaure une paix de dix ans, la paix du roi. Cette loi veut faire cesser les guerres privées entre seigneurs féodaux. Cette loi a recueilli l'accord indispensable des grands féodaux. Cet accord se traduit par un serment, dans lequel les seigneurs jurent de respecter cette loi.

C'est à la fois une victoire pour l'autorité royale, et une reconnaissance de la faiblesse politique du roi puisque ses décisions dépendent de la bonne volonté, de l'assentiment des grands princes territoriaux.

2) Les changements à partir du 13^{ème} siècle

A partir du XIII^{ème} siècle se dessine un début de théorie sur le pouvoir législatif du roi. Cette embryon de théorie est élaborée par Beaumanoir. Il explique que le Roi ne peut prendre une loi que sur l'avis de son entourage, c'est le gouvernement à grand conseil. Le roi ne peut légiférer que pour servir l'intérêt général, le « commun profit ». Ce profit se trouve dans le cadre de la raison et est déterminé selon Beaumanoir par la morale chrétienne. La finalité de tout régime politique est donc pour Beaumanoir le bien commun, il est très influencé par les théologiens du XIII^{ème}, notamment d'Aquin. Ce bien commun se définit par rapport aux préceptes divins.

Ces deux principes de gouvernement à grand conseil et d'intérêt général sont restés la base de l'activité législative du roi. La notion de conseil évolue à partir du XIV^{ème} siècle, parce qu'elle inclut non seulement la consultation de l'entourage du roi, mais aussi celle des représentants des trois ordres du royaume. De même, la notion d'intérêt général évolue et s'exprime dans les lois royales à travers l'idée de réformation. Les lois doivent mettre fin aux abus et rétablir l'équité et la justice.

L'activité normative du roi se développe au XIV^{ème} siècle, le nombre de lois augmente sous l'effet d'un changement dans la composition de la Cour Royale, la curia regis. Dans la curia regis à partir du XIV^{ème} siècle, il y a moins de seigneurs/vassaux, et plus de juristes, qu'on appelle des légistes. Ils s'intéressent aux *leges*, les lois, qui au Moyen Age sont le droit romain (*corpus iuris civilis*). Ces légistes dépassent les principes dégagés au XIII^{ème} et se servent du droit romain pour attribuer au roi un pouvoir législatif absolu. Ils utilisent des adages qu'il empruntent au droit romain :

-« *quod principi placuit leges habet vigorem* » : ce qui plaît au Roi a force de loi

-« *princeps legibus solutus est* » : le prince est délié des lois

Le roi a donc un pouvoir absolu en matière législative parce qu'il est au dessus des lois. Cette approche du XIV^{ème} siècle crée un frein moral à l'activité du roi mais pas un frein institutionnel.

À partir du XIV^{ème} siècle, la loi est donc identifiée à la volonté royale, et cet argument va être repris et développé au XVI^{ème} et XVII^{ème} siècle pour définir la nature du pouvoir royal.

Au moyen age, le domaine de compétence de la loi reste encore limité, et la question de l'absolutisme ne se pose pas. La législation royale concerne principalement le droit public, c'est-à-dire l'administration, la fiscalité, et la justice. Tout ce qui concerne le droit privé relève essentiellement des coutumes.

B. La législation d'Ancien Régime

1) La théorisation du pouvoir législatif au XVI^{ème} siècle

A partir du XVI^{ème} siècle, les lois royales s'intéressent à des domaines auparavant réservés au droit canonique et à la coutume, des domaines du droit privé. La raison est liée à une doctrine qui se développe et qui concerne la souveraineté du roi. Cette théorie politique est l'œuvre notamment de **Jean Bodin**, qui publie en 1576 les 6 livres de la République. Il y développe une théorie politique à la base de la **conception absolutiste du pouvoir royal**. Son raisonnement postule que la souveraineté est indivisible, il ne peut y avoir qu'un seul détenteur du pouvoir politique : le roi. Les prérogatives du roi sont illimitées, il n'est tenu par aucune règle parce qu'il est lui même le créateur des normes, des lois.

C'est ce principe de *Quod principi placuit leges habet vigorem*. Bodin reprend cette idée, et considère que le roi peut décider des normes applicables, y compris dans le domaine coutumier (droit privé), ce qui signifie qu'il peut intervenir pour modifier des coutumes quand il les juge mauvaises (insuffisante, inadaptée...). Autrement dit, non seulement le roi crée des normes, mais il intervient sur les autres normes qu'il n'a pas créées. De ce fait, Bodin affirme

la supériorité de la loi royale sur toutes les autres normes juridiques, il finit par définir véritablement la souveraineté royale comme le pouvoir de faire et de casser la loi.

Dans cette théorie, Bodin utilise la législation royale pour justifier l'absolutisme, une théorie politique. En théorie, il y a donc une plénitude du pouvoir législatif du roi. Cette plénitude n'est guère appliquée au XVI^e. La plupart des juristes considèrent que le droit privé relève de la coutume. Par conséquent, l'essentiel des lois royales concerne le droit public. Quand la royauté légifère sur le droit privé, c'est par le biais d'une notion : la police universelle (ordre public).

Les lois au XVI^e siècle se présentent donc sous une forme assez désordonnée, puisqu'on trouve des dispositions de droit public, et parfois privé. Les lois royales envisagent par exemple des questions d'administration, la gestion des hôpitaux, les biens de l'Église, etc. Elles interviennent aussi dans le domaine du droit privé :

-**l'ordonnance de Villers-Cotterêts 1539**, emploi obligatoire du français dans les actes officiels, et enregistrement des naissances et des décès qui permet notamment de déterminer l'âge, et donc la majorité ou non des personnes. Cette ordonnance a aussi des conséquences considérables pour le droit des successions : savoir quand on ouvre la succession (décès) ;

-**l'ordonnance de Blois, 1579**, introduit en France la règle sur les mariages clandestins. L'ordonnance oblige les époux à exprimer leur consentement devant un curé qui enregistre le mariage, et d'autres dispositions ;

-**l'édit de Charles IX, 1560**, dit « édit des secondes noces ». Cet édit s'intéresse en particulier à la question des donations entre époux. L'origine de cette loi est un scandale causé par le remariage d'une veuve qui avait 7 enfants et qui avait donné tous ses biens à son 2nd mari en privant ses enfants. Pour protéger les enfants du premier mariage, l'édit limite les donations entre époux. Les remariages étaient très courant du fait du fort taux de mortalité.

2) Le développement de l'activité législative

A partir du XVII^e, la législation royale change de physionomie : il ne s'agit plus de réformer le droit, mais de systématiser le droit. Désormais, les lois abordent un seul thème traité de la manière la plus complète possible. On parle d'ordonnance de codification, parce qu'elles unifient le droit dans un domaine. C'est surtout sous le règne de Louis XIV et Louis XV que sont édictées plusieurs ordonnances de droit privé. Ils seront intégrés, parfois en intégralité, dans le code Napoléonien.

Il y en a 4 importantes sous Louis XIV :

-**l'ordonnance civile, 1667**, concerne la procédure civile, sera reprise en grande partie dans le code de procédure civile de 1806

-**l'ordonnance criminelle, 1670**, servira de base au code d'instruction criminelle de 1808

-**l'ordonnance du commerce, 1673**, (ou code Savary)

-**l'ordonnance de la marine, 1681**, s'occupe de tout ce qui concerne le droit de la mer (le commerce maritime, le statut des marins, des ports, la pêche etc..) → code de commerce 1807

Le code de commerce est sûrement celui qui a le moins d'intérêt parce qu'en 1807, il était déjà obsolète. En matière commerciale, à la RI, les règles du XVII^e n'étaient plus utiles.

Ces ordonnances sont un pas essentiel vers la codification, elles manifestent une volonté d'unification du droit. Elles ont donc contribué à la codification en la préparant. Ces quatre lois ont été rédigées en concertation avec des juristes, qui ont soumis leurs avant-projets à un organe qui dépendait du roi : le **Conseil de Réformation de la Justice**. Ils soumettent ensuite le projet aux magistrats les plus importants, ceux des parlements. Les Parlements étaient les plus hautes juridictions du royaume. Ces lois n'ont pas été inventées par des technocrates mais sont le produit d'une concertation entre des juristes, des politiques et des magistrats.

Une deuxième vague d'ordonnance apparaît sous Louis XV, sous l'impulsion du ministre de la justice, le chancelier Daguesseau. Il est à l'origine de 3 grandes ordonnances :

-**l'ordonnance sur les donations de 1731** → transfert d'un bien sans contrepartie

-**l'ordonnance sur les testaments de 1735** → transfert post-mortem

-**l'ordonnance sur les substitutions de 1747** → on lègue un bien à quelqu'un à charge de transmettre ce bien à une autre personne

Les trois domaines concernent le droit des successions. Traditionnellement, ces matières relèvent du droit romain ou du droit coutumier. L'objet de ces trois ordonnances est d'unifier les règles divergentes des coutumes et des juridictions sur cette question. Elles sont élaborées en étroite collaboration avec les magistrats des Parlements. Ils sont interrogés pour faire leurs critiques et leurs suggestions sur les trois projets, et leurs avis sont analysés par des avocats parisiens qui en font la synthèse et émettent des propositions, sur lesquelles est rédigé le texte final.

Le travail de la royauté et des juristes royaux est là encore fondé sur l'avis des praticiens.

À la fin de l'Ancien Régime, la législation a donc acquis une place très importante parmi les sources du droit, et forme avec les coutumes et la jurisprudence ce que l'on appelle à l'époque le droit français. Ce droit français est pensé comme une alternative aux droits savants, et il reflète sur le plan juridique la souveraineté politique du royaume de France. La loi n'est donc qu'une composante du droit français. C'est dans ce contexte que survient la révolution.

Avec la Révolution, la loi, qui avait un rôle secondaire dans le droit privé, et qui n'était donc qu'une composante du droit français, va devenir la source primordiale du droit. Ce changement radical a été préparé par une lente mutation de la pensée juridique, qui aboutit à la remise en cause du pluralisme juridique au XVIII^e siècle.

C. La loi et le droit dans la pensée juridique moderne

Au XVIII^e siècle, l'idée commune est celle de simplifier et d'unifier le droit, guidée par les juristes et les philosophes des Lumières. Les Lumières reprochent trois choses au pluralisme :

- sur le plan social**, parce que les privilèges, qui représentent un héritage médiéval sont ressentis comme des sources d'inégalité ;

- sur le plan juridique**, le pluralisme est un facteur de complexité du droit, il n'est plus ressenti comme une richesse ;

- sur le plan économique**, le pluralisme représente un frein parce que chaque province a son propre système fiscal, et de ce fait, l'échange commercial est soumis à des barrières douanières intérieures qui ralentissent le commerce et qui en augmentent les coûts. Les physiocrates notamment prônent le libéralisme économique.

Cette simplification se fera sur deux idées fortes :

- le droit naturel**

- le contrat social**

1) L'évolution de la notion de droit naturel

Dans l'Antiquité et au Moyen Âge, on considère que le droit existe avant la loi. On considère qu'il existe un ordre naturel du monde appelée par les philosophes « loi naturelle », qui est créée par Dieu. Cette loi se distingue de la loi humaine qui est posée par les Hommes, on la considère donc comme une loi positive.

L'ordre juridique établi par Dieu précède et gouverne l'ordre juridique établi par les Hommes. Les lois humaines sont donc toujours conformes à la loi naturelle, ce ne sont donc que la mise en ordre du monde.

Cette conception change radicalement au XIV^e siècle, particulièrement sous l'influence de la pensée de Guillaume d'Occam, un anglais franciscain. Il considère que la loi humaine n'est plus une traduction de la volonté divine, la loi humaine est par elle-même un acte créateur de droit. Ce changement est radical, parce que l'application de cette pensée est que la société n'existe pas à l'état naturel, ce n'est pas une donnée de la nature. Elle existe si les Hommes la créent.

Aristote définissait l'Homme comme un animal politique, un être qui vit naturellement dans la Cité, puisqu'elle préexiste à l'Homme. D'Occam a donc eu une pensée révolutionnaire qui frôlait l'hérésie : il voulait démontrer scientifiquement l'existence de Dieu.

La conséquence est que la loi est un instrument de pouvoir qui construit les institutions au lieu de simplement les reconnaître. Elle n'est donc plus déclarative, mais véritablement créatrice, c'est une production humaine qui résulte de la volonté individuelle. Il n'y a donc plus d'ordre juridique qui préexiste aux Hommes, mais une production normative des Hommes caractérisée par la volonté.

D'Occam est le créateur d'un courant nominaliste, qui consiste à nommer les choses pour les faire exister, ce

qui est donc un acte de volonté humaine. De ce fait, cette place de la loi selon D'Occam conduit à une nouvelle définition du droit naturel : le droit naturel n'est plus un droit objectif, mais un ensemble de droits subjectifs, qui sont attachés à la personne humaine. C'est pourquoi à partir de la fin du Moyen Age, on parle moins du droit naturel que des droits naturels, c'est-à-dire les droits attachés à la nature humaine. En ce sens, les droits naturels sont les ancêtres de nos droits de l'Homme.

Cette approche des droits naturels est une rupture profonde dans la pensée politique et juridique : on ne veut plus de l'approche du droit fondée sur le naturalisme et le providentialisme. Le naturalisme consiste à dire que le droit et la société sont dans la nature (Aristote), le providentialisme consiste à dire que le droit et la loi sont le reflet de la volonté divine, la providence. Cette approche disparaît donc au profit de l'humanisme qui se développe à la fin du Moyen Age mais surtout au XVI^{ème} siècle.

Cet humanisme développe une approche fondée sur l'individu. On met l'accent sur la raison, qui est caractéristique de l'être humain, qui détermine sa volonté.

2) Les théories du Contrat Social

L'expression de contrat social apparaît au XIV^{ème} siècle chez Nicolas Oresme, un évêque de Lisieux, il donne une conception mécanique de la société. Cependant, dans la pensée d'Oresme, le Contrat Social n'a pas de valeur politique, c'est littéralement un pacte de sujétions (pactum subjectionis) qui relie le Roi et ses sujets, qui lui sont soumis. C'est donc le lien qui détermine le rapport de soumission du peuple au roi. C'est donc une notion descriptive.

Cette notion se retrouve au XVI^{ème} siècle pendant les guerres de religion, principalement chez les auteurs violemment opposés à la monarchie, les monarchomaques. Ces auteurs développent leur théorie après les massacres de la St Barthélémy en 1572, ils considèrent que quand le Roi devient un tyran, il rompt le contrat qui le lie à son peuple. Il y a donc derrière la théorie du contrat social une élimination possible du tyran. On voit bien la dimension politique du Contrat Social, mais il est très lié à la violence politique du XVI^{ème} siècle. Ce n'est toujours pas un outil de réflexion pour élaborer une théorie politique.

Il faut attendre les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles pour que le Contrat Social devienne un vrai concept opératoire de la pensée politique et juridique. Cette notion qui va servir de cadre à la réflexion des philosophes du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle a été abordée principalement par trois philosophes.

a) Thomas Hobbes (1588-1679)

Son œuvre principale est le Léviathan, publié en 1651. Ce mot est un emprunt à la Bible, et Hobbes a utilisé ce terme pour comparer l'État au Léviathan, une créature menaçante. Hobbes appuie sa théorie sur une notion très répandue chez les philosophes de son temps, celle de l'État de nature. Cet état est une représentation imaginaire de l'Homme primitif. Cette notion peut prêter à sourire, mais ce n'est pas une hypothèse scientifique, mais heuristique, qui sert à trouver.

C'est donc une hypothèse qui ne prétend pas refléter la réalité mais qui sert de base pour élaborer la pensée. Pour Hobbes, à l'état de nature, les Hommes sont solitaires, ils ont tous la même force et les mêmes besoins. Par conséquent, à cet état les Hommes doivent toujours se battre les uns contre les autres, ils sont en état de guerre permanente, c'est la guerre de tous contre tous. Le risque de cette guerre étant l'extinction de l'espèce humaine. Pour remédier à cette menace, les Hommes sont contraints de recourir au Contrat Social.

Par le Contrat Social, chaque individu transfère ses droits naturels à l'État. L'État est donc pour Hobbes l'institution qui réduit toutes les volontés en une seule. Hobbes considère donc que le Contrat Social n'est pas un pacte entre le roi et ses sujets, mais une transmission mutuelle de droit entre tous les membres de la population. Par ce Contrat, d'un commun accord, tous les individus passent de la multitude à l'unité, d'une situation de pluralisme violent à une situation de paix unifiée. La pensée de Hobbes consiste à dire qu'à la paix naturelle, mieux vaut la paix civile.

Cette idée repose donc sur le choix, qui est dicté lui-même par la raison. Si l'Homme vit en société, c'est par un effet de sa volonté, de sa raison. La pensée de Hobbes considère donc le Contrat Social comme une démarche volontariste, c'est une nécessité choisie par les individus pour garantir la paix. Cette pensée a une finalité : la paix. C'est une pensée fondatrice du discours sécuritaire des États.

b) John Locke (1632-1704)

On connaît particulièrement sa philosophie par deux traités du gouvernement civil qu'il a publié en 1690. Dans le deuxième, il a exposé sa conception du contrat social.

Lui aussi, part de l'État de nature. Au contraire de Hobbes, Locke a une vision très optimiste, parfois idyllique de l'État de nature. Dans sa pensée, les Hommes à l'État de nature sont tous égaux, ils ont la libre disposition de leurs biens, et se soumettent à leur créateur. Il n'y a pas d'esclavage, il y a un droit à la propriété, à la vie, à la liberté, et à la sûreté. Tous ces droits sont des droits naturels, mais ils sont fragiles, parce les conflits et les abus sont inévitables.

D'où la création de l'État, qui doit protéger ces droits naturels de chaque individu. Dans la pensée de Locke, le CS est choisi par les individus pour obtenir des garanties sur la protection de leurs droits naturels. Par conséquent, le CS n'efface pas les droits naturels, puisqu'ils sont attachés à la personne humaine. Le but de l'État est de protéger les droits naturels, l'État ne peut priver personne de ces droits.

Dans cette théorie de Locke, l'État repose sur deux notions : le consentement, et la confiance que chacun place dans l'État pour protéger ses droits naturels. Là encore, ces deux éléments résultent de la raison qui affirme que les hommes sont libres et que l'État est le garant de cette liberté. Au contraire de Hobbes qui considérait que la seule mission de l'État était sécuritaire, Locke lui assure celle de protéger les libertés. On ne protège pas à tout prix, la première obligation est la garantie des libertés de chacun. En ce sens, Locke est le premier théoricien de l'État libéral.

c) Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

Son livre Le Contrat Social date de 1762, et cette œuvre est certainement celle qui a le plus marqué les révolutionnaires en France, parce qu'elle accorde une place particulièrement importante à la loi. La conception du CS selon Rousseau se fonde sur un paradoxe : la société ou l'État doit défendre les individus et les biens, mais personne ne doit renoncer à sa liberté, qui est le propre de l'individu à l'état de nature. L'état de nature est donc encore le point de départ, et Rousseau dit que l'Homme y est solitaire, mais surtout isolé, parce qu'il ne maîtrise pas la langue.

Au fond, puisque l'Homme est incapable de parler, donc il ne peut pas penser. À l'état de nature, l'Homme est donc certainement libre et heureux mais n'en a aucune conscience. Rousseau décrit cet Homme comme « un animal stupide et borné ». Pour le civiliser, il faut échanger, qu'il y ait une vie en société, mais vivre en société oblige à perdre sa liberté. En vivant en société, l'Homme devient un esclave. L'esclavagisme selon Rousseau est l'esclavage des consciences envers l'absolutisme royal.

L'alternative est donc la suivante : soit l'homme est seul, mais n'a pas de conscience, soit l'homme vit en société, mais n'a pas de liberté, il n'est donc jamais véritablement humain, il s'agit d'être libre savoir que l'on est libre, ou de vivre en société en étant asservi.

Pour sortir de cette impasse, le Contrat social permet à chacun d'aliéner tous ses droits au profit de la communauté, de la collectivité, et la communauté devient un corps politique souverain et indivisible. Ce corps politique exprime la volonté générale. Chaque individu est à la fois une personne individuelle, et une partie de cette personne collective. On garde donc la liberté de l'état de nature, mais on le partage avec les autres. L'idée de Rousseau est donc de dire que le contrat social ne crée pas deux entités distinctes, il crée une seule entité, puisque chacun incarne la souveraineté collective. Par conséquent, chacun exerce cette souveraineté et s'y soumet.

Le contrat social ne met donc pas face à face l'État et les individus, il crée une entité constituée de la somme des individus qui exercent tous une parcelle de cette souveraineté, à laquelle ils se soumettent. Il y a donc dans le contrat social de Rousseau l'idée que chacun contribue à la constitution de l'État. La loi a une place centrale, beaucoup plus que chez Hobbes et Locke qui donnent à la loi une importance secondaire.

Chez Rousseau, la loi émane de la volonté générale, et obéir à la loi est donc obéir à soi-même. C'est de cette manière que le contrat social permet de vivre en société sans aliéner sa liberté. Dans cette conception, la loi est un « lien qui délie » (M. Gauchet), c'est-à-dire quelque chose qui nous contraint et nous rend libre.

Cette conception a eu une très grande influence sur les révolutionnaires qui ont entretenu un véritable culte de la loi et de la souveraineté populaire. La loi devient l'instrument de la libération et de l'humanisation des individus. Pour les acteurs politiques de la RF, seul le citoyen est un Homme. Cette pensée a aussi fortement contribué au développement du légicentrisme en France depuis 1789. Cette théorie était très critiquée, notamment par les théoriciens de l'État.

La principale faiblesse de la théorie de Rousseau est que la volonté générale est réputée parfaite et infaillible, par conséquent, il n'y a pas de possibilité de s'opposer ou de critiquer les décisions souveraines. Comment peut-on

alors garantir un État de droit ? Rousseau va jusqu'à dire que quiconque refuse d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps, on le forcera à être libre. Cela peut servir de justification intellectuelle au totalitarisme, et les excès de la terreur reposent sur cette idéologie de faire le bien des individus contre leur volonté.

Les partisans de Rousseau expliquent que la pensée de Rousseau est pessimiste, Rousseau prône le recours au législateur pour guider les défaillances de la volonté populaire. Le point de vu de Rousseau a donc probablement été radicalisé par la Révolution. Aujourd'hui, on peut voir cette théorie du contrat social soit comme une utopie plutôt nocive, soit comme pensée visionnaire.

Ces trois approches ont en commun de postuler un acte de volonté collectif. De cet acte découle un ordre juridique fondé sur la loi. Tous les intellectuels du XVIIIème siècle, des Lumières, ont ce culte de la loi, la nomophilie (nomos - loi). Le plus représentatifs de ces nomophiles est Montesquieu qui écrit en 1758 *L'esprit des lois*. Cette œuvre pose le principe de séparation des fonctions, dans lequel il sépare l'exécutif, le législatif, et le judiciaire. Pour Montesquieu, le critère distinctif de la monarchie éclairée est la loi, le législatif. Il dit que dans les États despotiques, c'est la même personne qui fait la loi et qui l'exécute. Au contraire, dans la monarchie éclairée, l'organe qui édicte les lois, le législatif est distinct de celui qui les exécute et de celui qui les applique.

À la veille de la Révolution, les intellectuels sont majoritairement réformistes : favorables à des changements politiques et juridiques qui vont dans le sens d'une affirmation de la raison, parce que la raison est un facteur de progrès et le progrès est le moyen d'atteindre le bonheur. Il faut mettre la raison au centre des institutions pour que la société progresse.

La raison devient un véritable dogme qui conduit à analyser la société comme une mécanique artificielle. C'est notamment le cas de Diderot, qui considère que c'est le législateur qui permet de composer « une belle machine », la société. Diderot développe beaucoup cette métaphore du législateur horloger qui ordonne le monde de manière rationnelle. Il faut donc rompre avec l'absolutisme et le pluralisme juridique, et instaurer le monopole de la loi au nom de la raison.

Section II : La loi sous la Révolution

La période de la Révolution est essentielle pour la formation de notre droit contemporain. C'est le moment où se superposent les traditions issues du droit romain et du droit coutumier, et les nouveaux éléments juridiques issus des changements politiques de la Révolution. Ce mélange, cette fusion, se fera dans les codifications de Napoléon.

Tous les changements juridiques et politiques qui interviennent à partir de la Révolution reposent sur la référence à la loi, qui sert de cadre pour élaborer un droit nouveau fondé sur la laïcité et l'égalité.

A. Le monopole législatif

Ce monopole est affirmé à la fois dans les Constitutions de la Révolution, et dans la DDHC. La suprématie de la loi est affirmée comme principe. Mais ce monopole se marque aussi à travers des tentatives de codification du droit qui visent à réaliser l'unité juridique autour d'une seule loi applicable à tous. Les révolutionnaires veulent faire cesser le pluralisme de l'Ancien Régime.

1) L'affirmation de la suprématie de la loi

a) Le pouvoir législatif dans les institutions publiques de la révolution

La séparation des pouvoirs devient un véritable dogme sous la Révolution. En effet, elle garantit la liberté en organisant institutionnellement le fonctionnement de l'État avec des organes qui collaborent entre eux, mais qui se limitent mutuellement.

Dans la pensée de Montesquieu, le pouvoir législatif est le plus important, ce qui est un risque parce que le système de séparation des pouvoirs ne fonctionne que si il y a un équilibre entre les pouvoirs, qui permet d'assurer la stabilité d'un régime politique. Pour essayer de remédier à cet inconvénient, Montesquieu prône le bicamérisme

(deux chambres pour le législatif), et un veto absolu de l'exécutif, qui peut donc bloquer la promulgation d'une loi votée en assemblée.

Ces caractéristiques sont pensées par Montesquieu comme des collaborations entre le législatif et l'exécutif, des passerelles indispensables pour que la séparation des pouvoirs soit tenable politiquement.

En 1789, dans une optique très différente, les révolutionnaires font du législatif un arme politique contre le roi qui, lui, détient l'exécutif. On ne conçoit pas d'équilibre, on organise donc aucune passerelle entre les pouvoirs. Cette approche est due à la méfiance des révolutionnaires à l'égard de la royauté. L'objectif de la C est de bloquer l'exécutif.

C'est dans ce contexte de méfiance qu'est élaborée la première constitution en 1791, qui est l'émanation des partisans de Rousseau, de la suprématie législative. On se prononce donc en 1791 pour une chambre unique, et pour un veto suspensif du roi, qui lui permet de suspendre une loi mais pas de l'empêcher. L'exécutif ne fait donc qu'appliquer les lois. Ce déséquilibre a conduit à la chute de la monarchie en 1792, et à la proclamation de la R le 1er septembre 1792.

La convention qui est chargée d'une nouvelle Constitution concentre tous les pouvoirs au cours d'un régime d'assemblée. En 1795, le directoire rétablit théoriquement l'équilibre et donc la séparation des pouvoirs, mais le système de séparation est beaucoup trop stricte et ne fonctionne pas, si bien que d'une manière générale, la Révolution a accordé une place prépondérante au législatif, ce qui explique que jusqu'à 1958, il n'y ait pas eu dans notre droit public de contrôle de la constitutionnalité des lois.

b) La DDHC du 26 août 1789

C'est un texte fondateur pour la révolution, mais aussi pour notre droit puisque cette déclaration est intégrée dans le préambule de notre Constitution. Cette déclaration est inspirée des déclarations américaines rédigées par différents États en 1776.

Il s'agit d'une déclaration, donc d'une reconnaissance des droits et non pas création. En ce sens, la DDHC reprend le point de vue de Locke sur un état libéral. La DDHC montre que la raison d'être de l'État est de garantir les droits fondamentaux des individus, qu'elle appelle « droits naturels et imprescriptibles », c'est-à-dire la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. Tous ces droits existent avant l'État et sont donc la limite à son pouvoir : aucune norme ne peut aller contre eux. Les constituants ont placé les droits naturels au-dessus des lois humaines, positives. Dès lors, les droits subjectifs sont présentés comme un frein à toute puissance de l'État. Ce dernier s'engage donc à se soumettre aux droits naturels.

En même temps, la DDHC affirme plusieurs fois que l'exercice de ces droits et leur contenu même sont définis par la loi. À l'article 4, il est dit que la liberté ne peut être limitée que par la loi. À l'article 7, on explique que l'arrestation et la détention ne sont licites que dans les cas établis par la loi. Article 10 sur la liberté d'opinion dit qu'elle est admise à condition qu'elle ne trouble pas l'ordre public lui-même établi par la loi.

Cette référence constante à la loi est une influence de Rousseau qui accorde à la loi une suprématie parce qu'elle est l'expression de la volonté générale. Il y a une souveraineté qui s'exprime par la loi, c'est pourquoi elle est au-dessus des autres normes.

On a donc deux lectures concurrentes de la DDHC : une première inspirée par Locke qui affirme la permanence des droits naturels de l'Homme qui sont supérieurs à la loi, et une seconde inspirée par Rousseau qui considère que les droits naturels sont abolis par la création de l'État mais qu'ils renaissent dans la loi, qui est l'expression de la souveraineté.

Les constituants, les révolutionnaires, ont privilégié la deuxième lecture alors qu'aux USA les interprètes étaient plutôt du côté de Locke. Sous la Révolution, on considère que la mise en œuvre des droits naturels dépend entièrement de la loi, mais aucune garantie n'est donnée contre les abus de la loi ou du législatif. On considère que le danger ne peut pas venir de la loi parce qu'elle est parfaite, il viendrait de l'exécutif.

La DDHC est donc très représentative du légicentrisme de la Révolution, et elle apparaît plus comme un acte philosophique que juridique. La question de l'égalité par exemple a été difficile à mettre en œuvre, sur la question de l'esclavage notamment, avec une abolition partielle seulement. La question de la sûreté a été constamment bafouée également.

La DDHC n'a donc jamais été un outil juridique impératif à cette période. Le législatif n'avait pas de sanction si il ne respectait pas la DDHC. Il y avait donc une toute puissance de la loi. Cette suprématie du législatif se comprend dans le contexte politique de la révolution : il s'agit d'abord d'une réaction contre la monarchie absolue. Face à

l'absolutisme monarchique, les révolutionnaires ont mis en place l'absolutisme de la loi.

La loi devient la seule source du droit, et il y a une très grande activité législative à la révolution, aussi bien dans le droit public que privé. L'objectif est de fonder une société nouvelle qui sera soudée autour d'un même droit applicable à tous. Il y a donc un projet politique qui nécessite un droit unifié applicable à tous, d'où les projets de codification pour unifier le droit privé et mettre en pratique la notion d'égalité devant la loi.

2) Les tentatives de codification

L'idée de codification n'est pas nouvelle, mais au XVIII^e, la codification devient la principale aspiration des philosophes des Lumières. C'est un mouvement engagé dans beaucoup de pays d'Europe notamment en Autriche, Bavière et Prusse. La priorité est donc d'uniformiser la société et le territoire. Le premier acte juridique de la Révolution est l'abolition des privilèges dans la nuit du 4 août 1789. Cette abolition fait disparaître les ordres sociaux et les droits particuliers, les droits exercés par certains groupes (villes, corporations, province...). C'est dans ce nouveau cadre que les révolutionnaires ont essayé de mettre en place une codification du droit privé, et il y a eu plusieurs tentatives qui ont toutes échouées.

Il y a eu 4 régimes qui ont envisagé la codification :

-la **constituante** (assemblée constituante), 1789-1791. Dès 1790, on annonce le projet de Code civil qui n'aboutit pas parce que l'aspiration prioritaire concerne le droit pénal. En 1791 est donc voté un code pénal inspiré des idées de Montesquieu et de Beccaria (Des délits et des peines – 1764, dénonciation des défauts du droit pénal dans les systèmes juridiques européens, opposition à la torture et la peine de mort, et à l'arbitraire des juges qui fixent les peines en fonction de leur propre critère et non pas de la loi).

Beccaria, pour remédier à ces dysfonctionnements, propose deux solutions. Tout d'abord, la légalité des délits et des peines : il n'y pas d'infraction ni de peine sans loi, ensuite il propose l'instauration de peines fixes qui ne peuvent être aménagées par le juge. Il veut ainsi empêcher les juges de prononcer des sentences inégalitaires, d'interpréter la loi.

Ces deux principes sont repris dans le code pénal de 1791, d'autant plus qu'ils ont en tête un modèle mécanique d'application de la loi par le juge. Ce principe a été un échec parce qu'il a été trop rigide, la fixité des peines a donc disparu en 1795 dans le Code des délits et des peines et de la même manière dans le code pénal de 1810.

→ le projet de code civil reste donc endormi, et le code pénal très réformateur n'a pas su être efficace sur la fixité des lois.

-la **législative** 1791-1792, trop peu de temps pour produire les projets de code.

-la **Convention** 1793-1795, il y a deux projets présentés par le comité de législation (émanation de l'assemblée). Il y a un régime d'assemblée : le législatif et l'exécutif sont pris en place par l'assemblée. Il y avait des comités, dont le plus connu est le comité de salut public. Les députés étaient eux mêmes constitués en comités de législation.

Un de ces comités de législation était dirigé par Cambacérès, un magistrat, qui propose deux projets de code civil. Le premier en Août 1793 est très marqué par l'idéal égalitaire de la Révolution, notamment pour tout le droit de la famille et des successions. Il était divisé en 5 livres : personnes, biens, contrats, actions. Ce projet est rejeté par l'assemblée parce que jugé trop technique. Le comité propose donc un second projet en septembre 1794 toujours dans l'esprit égalitaire mais moins technique, tellement qu'il était inapplicable (moins de 300 articles, que des préceptes moraux). Ce projet est rejeté aussi, et seul le code des délits et des peines sera adopté en 1795

-le **directoire** 1795-1799, un nouveau projet de code civil est proposé par Cambacérès en 1796. c'est un projet assez long (environ 1100 articles) un peu moins novateur que les précédents parce que le directoire veut rompre avec tout ce qui peut rappeler les excès de la Convention. Le code est donc inspiré de principes plus modérés.

Dans ce projet, il y a beaucoup de référence au droit romain et à celui coutumier, et dans tous ses projets, celui de 1796 est certainement le plus abouti. Pourtant, il est lui aussi rejeté.

Toutes les tentatives de codification ont donc été des échecs, que l'on explique par 3 raisons :

- le contexte politique** : durant ces années de Révolution, ce contexte est très agité et idéologiquement très changeant. Le 2ème projet de Cambacérès est présenté à l'assemblée juste après la chute de Robespierre, or il avait été conçu dans l'esprit de la Convention jacobine, et à ce moment l'état d'esprit avait radicalement changé. L'idée de Cambacérès de satisfaire l'assemblée est obsolète au moment où il présente son projet ;
- le manque d'efficacité des assemblées dans leur travail législatif** : elles ne durent pas assez longtemps pour faire aboutir les réformes (2ans) ;
- l'enjeu de ces projets est trop ambitieux** : il ne s'agit pas seulement de codifier le droit, il s'agit pour les révolutionnaires de refonder la société avec un droit nouveau. L'objectif est la régénération de la société. L'enjeu idéologique est très fort et va au delà des questions techniques de la codification.

Pour autant, même si ces projets ont échoués, plusieurs lois importantes ont été votées sous la Révolution, et elles ont été appliquées partout en France, ce qui signifie que l'unification du droit a progressé dans certains champs du droit privé.

B. Les nouveaux principes juridiques instaurés par la Révolution

1) La laïcité

Au moment de la Révolution, la plupart des intellectuels sont athés ou hostiles à la religion. Or, la France dans son origine est une monarchie catholique. La catholicité du roi est l'une des lois fondamentales du royaume. L'emprunte de la religion sur le droit est assez forte. D'abord, il y a des discriminations juridiques selon les confessions. Ces discriminations se traduisent par des statuts particuliers pour les minorités, étant principalement visés les protestants et les juifs. Ces statuts les empêchent par exemple d'accéder à certains emplois.

Le Clergé catholique a lui aussi un statut particulier : c'est un ordre privilégié, mais dans ce statut il y a aussi l'interdiction du mariage pour les prêtres ou l'interdiction de faire du commerce. Au sein même du Clergé, il y a des différences importantes de statut entre le Clergé régulier et celui séculier. Le Clergé régulier est constitué par les religieux qui vivent dans des couvents, ces communautés suivent une règle de vie. Le Clergé séculier est lui constitué par tous les ecclésiastiques qui vivent dans le siècle.

Le Clergé régulier renonce à vivre dans le siècle, dans le monde des laïques. Ils sont donc déclarés morts civilement, ils sont frappés de mort civile. De ce fait, ils n'ont pas de personnalité juridique. Ils ne peuvent pas faire de contrat, posséder de bien ni hériter.

Les laïques sont soumis au droit canonique (ex : mariage = sacrement). Tout le travail du droit canonique au Moyen Age a été d'étendre son champs de compétence au laïc.

La religion est donc très présente dans le droit de l'AR. La Révolution veut effacer toutes ces références religieuses du système juridique, d'où une série de réforme très importante qui vise à laïciser le droit. Une première série consiste à annuler les incapacités qui frappaient les protestants, les juifs et le Clergé. On proclame aussi la liberté de conscience dans la DDHC, article 10, qui consiste à affirmer une liberté religieuse, et la liberté de culte selon laquelle chacun est libre de choisir sa religion.

Une série de mesure visait le Clergé, qui est fonctionnarisé sous la Révolution à partir de 1790 (C civile du Clergé). Le Clergé subsiste mais il est au service de l'État. Ils doivent prêter serment à la C. Cette réaction de la Révolution a aussi été contre l'institution religieuse.

Une deuxième série de mesure a concerné l'État civil et le mariage, qui sont sécularisés en 1792 : ils sortent du champs du droit canonique. Les implications de cette sécularisation sont très importantes : les registres de naissance et de décès sont désormais tenus par les maires au niveau des communes, le mariage devient un contrat civil. Il est toujours régit par le Concile de Trente et l'ordonnance de Blois, mais il n'est plus un sacrement, il est privé de son contenu sacré. On peut toujours se marier religieusement, mais ça n'aura aucune valeur juridique. La Révolution maintient le consentement obligatoire des parents pour les mineurs, et la sanction est la nullité du mariage.

Les conséquences de cette laïcisation du mariage sont importantes :

- en matière d'empêchement du mariage, on réduit ces empêchements en adoptant le système romain des degrés de parenté, ce qui réduit de moitié les empêchements ;
- ils encouragent le mariage des prêtres, qui sont désormais des fonctionnaires ;
- le divorce est admis, on peut rompre le mariage puisqu'il s'agit d'un contrat. En 1792, on admet le divorce par

consentement mutuel, ou celui unilatéral pour des motifs énumérés par la loi dont « l'incompatibilité d'humeur », qui a eu un grand succès et a déclenché énormément de demande de divorce ;
-le divorce ne fait pas l'objet d'un jugement. C'est une simple déclaration de l'officier civil dans des formes parallèles à celle du mariage

2) L'individualisme

De gros changements interviennent sous la Révolution : dans l'Ancien Régime, la société était fondée sur les ordres sociaux et des corps, les organes collectifs (villes). Ces corps étaient dotés de privilèges, et surtout ils constituaient des personnes dites morales, ils avaient un patrimoine et jouaient un rôle déterminant dans la vie politique. En effet, ils servaient à la fois de contrepoids à l'autorité du roi et de relais pour l'application de cette autorité.

La Révolution fait disparaître cette organisation en corps, et à la place, elle proclame l'avènement de la Nation, qui est constituée par l'ensemble des citoyens. C'est une collection d'individu égaux et autonomes qui n'ont pas de lien social entre eux. Cette conception de la Nation est une consécration de la notion de droit naturel, subjectif. Pour les révolutionnaires, il n'y a que des droits propres à chacun qui sont exercés individuellement. C'est pour cette raison qu'il n'y a rien dans la DDHC sur la liberté d'association ou de réunion, puisque c'est un droit collectif.

C'est aussi pour cette raison qu'en 1791 les corporations de métier sont supprimées par le décret d'Allarde, et les associations professionnelles par la loi le Chapelier.

L'individu est au centre de la réflexion juridique.

a) Le droit de la famille

Le droit de la famille est repensé sous la Révolution autour de la notion de liberté, et non plus d'autorité. Les changements se manifestent à l'égard de la notion d'autorité paternelle. Cette dernière était très valorisée dans l'Ancien Régime, on disait que l'absolutisme monarchique avait pour reflet l'absolutisme des pères.

Cette autorité paternelle est réduite dans sa durée : la Révolution fixe l'âge de la majorité à 21ans au lieu de 25. Dans certaines régions, la coutume instaurait même une puissance paternelle viagère. De la même manière, la Révolution limite le droit de correction paternelle qui était surtout représenté par les « lettres de cachet », qui permettaient d'emprisonner sans jugement. Le plus fervent opposant à ce concept était Mirabeau.

Avec la Révolution, l'emprisonnement des enfants exige l'avis d'un tribunal : le tribunal de famille, qui était présidé par un juge. La Convention a envisagé de remplacer l'autorité paternelle par l'autorité parentale. En 1794, on envisage donc la suppression de l'autorité paternelle.

Ces changements s'inscrivent dans cette idée de liberté. En revanche, il y a très peu de changement pour ce qui est de l'autorité du mari sur sa femme. Théoriquement, les deux époux assurent en commun la direction de leur ménage (régime de communauté de bien). Ce régime existait dans l'Ancien Régime mais n'était pas le seul, et surtout il donnait en fait au mari un pouvoir de gestion sur les biens. Il y avait un concept d'incapacité juridique de la femme mariée, qui obligeait l'épouse à avoir l'autorisation de son mari pour disposer de ses biens et agir en justice.

Cette situation ne change pas sous la Révolution, et le mari a toujours le pouvoir économique et juridique. Il faut attendre 1938 pour qu'on commence à lever partiellement cette incapacité.

La Révolution encourage également l'adoption en 1792 au nom de la liberté individuelle de choisir ses descendants. Ce n'est pas une invention de la Révolution, mais elle était très peu utilisée avant.

b. Le droit de propriété

La conception de la propriété dans l'Ancien Régime repose sur la notion de propriété simultanée. Cela consiste à reconnaître les mêmes droits sur le même bien à plusieurs personnes. Ce n'est pas une indivision, puisque dans l'indivision chacun exerce son droit sur la totalité du bien en concurrence avec les autres indivisaires. Ce n'est pas non plus un système de multipropriété.

Cette propriété simultanée repose sur le principe de féodalité qui superpose les droits du seigneur et ceux du vassal, qui s'exercent simultanément. Le vassal dispose d'un fief, une tenure noble (étymologiquement, un bien que

l'on tient de quelqu'un) qu'il tient de son seigneur. Ce modèle de tenure noble a été élargi pour les roturiers, et les tenures roturières sont les censives, des terres que l'individu tient d'un seigneur. La différence entre les deux est la nature du service que l'on doit faire en retour. Pour le vassal c'est un service noble : le service militaire ; pour le roturier, c'est un service roturier : des taxes, des corvées, des paiements de toute sorte.

Au Moyen Age, le tenancier exerce des droits de même nature que son seigneur sa tenure. Ces droits sont exercés en même temps par le seigneur et le tenancier. Au XVIème siècle, la féodalité disparaît comme régime politique, mais ce système de propriété simultanée se maintient parce qu'il permet de justifier des monopoles économiques et des taxes.

Par ailleurs, les terres ne sont pas clôturées pour que puissent s'exercer des droits collectifs, la vaine pâture. C'est le droit de faire paître ses troupeaux sur toutes les terres après les récoltes. De plus, quand une terre est vendue, elle peut être rachetée par la famille du vendeur, c'est ce qu'on appelle le retrait lignager (lignage = famille).

Au XVIIIème siècle, toutes ces pratiques collectives sont dénoncées, principalement par les grands propriétaires fonciers, qui réclament une propriété individuelle. On retrouve chez les révolutionnaires le même objectif, qui devient leur préoccupation essentielle. Taine, un philosophe du XIXème siècle, disait que la Révolution a été par essence une translation de propriété.

Effectivement, la législation de la Révolution met en place la propriété individuelle. Pour cela, les révolutionnaires s'appuient sur la notion de droits naturels. L'abolition des droits féodaux, la suppression du retrait lignager, des monopoles économiques et l'autorisation de clore les champs. Les biens communaux sont redistribués aux particuliers et les biens du Clergé sont confisqués et vendus comme biens nationaux.

Ces confiscations sont le reflet des convictions des révolutionnaires sur la question de la propriété : pour eux la propriété n'est légitime que quand elle est individuelle.

c) L'égalitarisme

C'est le principe auquel les révolutionnaires tenaient le plus. Pour eux, l'égalité était conçue dans un sens arithmétique, et non pas géométrique (égalité proportionnelle). Ce qui signifie que les citoyens sont tous soumis aux mêmes règles quelle que soit leur situation sociale. On voit bien que la loi est l'instrument qui va transformer et unifier la société parce que la loi est strictement la même pour tous. On voit bien la rupture avec l'AR.

Cette égalité stricte a cependant produit des inégalités.

-**l'égalité politique** : proclamée dans l'article premier de la DDHC « les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». Seules sont admises les distinctions sociales si elles sont fondées sur l'autorité commune, mais pas celles juridiques.

Ce principe implique l'égalité d'accès aux emplois publics (art 6) et celle devant l'impôt (art 13). En réalité, l'égalité ne vaut que pour les citoyens, c'est-à-dire les Français. La citoyenneté est définie par la nationalité. Il n'y a donc ni les étrangers, ni les femmes. L'égalité politique concerne donc les hommes français, et même au sein des citoyens l'égalité n'est pas respectée. Jusqu'en 1793, le suffrage est censitaire : seuls peuvent voter et être élus les citoyens « actifs » déterminés par un critère fiscal. Sous la Convention, la C de l'an I proclame le SU, mais cette C est restée inappliquée. Il a fallu attendre 1848 pour l'instauration du SU ;

-**l'égalité dans le droit privé** : le droit des successions. Ce principe égalitaire dans le droit des successions n'est pas une invention de la Révolution. Il existait dans l'Ancien Droit et était couramment pratiqué dans les successions ab intestat, sans testament. Il y avait cependant beaucoup de dérogations à ce principe, notamment pour les successions nobles dans lesquelles on pratiquait le droit d'aînesse.

De plus, les incapacités frappaient deux catégories de personnes : les étrangers - les aubains, qui n'avaient pas le droit de transmettre leur bien par succession, ses biens revenaient au seigneur qui disposait du droit d'aubaine. Et les serfs disposaient du bien de « main morte », leurs biens étaient intransmissibles à leur famille.

Il y a aussi une incapacité de recevoir une succession : les enfants naturels (nés hors mariage), n'avaient pas le droit d'hériter de leur parents. De la même manière, les religieux n'héritaient pas. Enfin, dans l'Ancien Droit, on pouvait favoriser un héritier par des actes de volonté, par exemple par des donations, par des testaments. Souvent, le contrat de mariage prévoit que la future mariée renonce à la succession parce qu'elle a reçu une dot.

Ces techniques sont très utilisées par la noblesse ou la bourgeoisie riche pour organiser l'avenir du patrimoine

familial.

La Révolution, elle, veut mettre en œuvre le principe d'égalité successorale : supprimer les principes nobles de succession, les incapacités successorales, etc en 1790-91. Le projet était de réformer l'ensemble du droit des successions pour faire disparaître la liberté d'avantager un héritier ou de faire un testament. Cette liberté individuelle était dénoncée notamment par Mirabeau et Robespierre qui y voyaient une illustration du despotisme paternel. Dans cette esprit, en 1792 on supprime les substitutions, une technique qui consiste à transmettre un bien à un héritier pour qu'il le transmette à son tour à un autre héritier. → garder les biens dans la famille

La première des lois est celle de novembre 1793 et met à égalité en matière de succession les enfants naturels et légitimes. Cette loi a un effet rétroactif au 14 juillet 1789, et sa portée est extrêmement avant-gardiste. Cependant dans cette loi, les enfants adultérins et incestueux ne sont pas mentionnés, et l'action en recherche de paternité est supprimée, ce qui signifie que l'enfant naturel ne peut pas établir sa filiation si son père ne l'a pas reconnu, la portée de la loi est donc assez limitée.

L'autre grande loi date de 1794 et unifie le droit des successions autour du principe d'égalité. Dans cette loi, on trouve la suppression des grandes classifications des biens qui déterminait les règles de leur attribution dans l'Ancien droit. Les règles successorales variaient selon que les biens étaient des meubles ou des immeuble, ou selon qu'ils étaient des biens propres ou des acquêts (biens acquis par le défunt lui même de son vivant).

Avec la loi de 1794, tous les biens forment une masse unique partagée entre les héritiers de manière strictement égalitaire. Par ailleurs, la loi limite la liberté de disposer de ses biens. Cette interdiction se traduit par une interdiction des donations entre vifs et des actes à cause de mort, donc les donations et les testaments. La partie du patrimoine dont on peut disposer librement, la quotité disponible, est fixée à 1/10 du patrimoine.

Cette loi est très représentative de l'esprit jacobin qui veut instaurer cette égalité arithmétique et qui se méfie des pères de famille par principe. Le despotisme est pour eux une illustration du despotisme monarchique qu'il s'agissait d'abattre.

Après Robespierre, certaines des mesures de la Convention ont été conservées, mais dans l'ensemble le code civil n'a pas repris la législation successorale parce qu'elle était très difficile à mettre en pratique notamment à cause du caractère excessivement égalitaire.

C. Un bilan de la période révolutionnaire

Le point marquant est l'avènement du légicentrisme, c'est-à-dire de la suprématie de la loi qui implique la disparition des autres sources du droit. Cette victoire voulue par les révolutionnaires n'est pas complète même sous la Révolution : le monopole de la loi n'a pas été complètement réalisé. D'abord du fait du développement d'une nouvelle source du droit : les règlements. Ils émanent de l'exécutif et permettent la mise en œuvre d'une disposition législative. Ils se développent parce que le poids de l'exécutif dans le domaine de la norme juridique s'est développé de manière continue au fil du temps.

Il y a donc une concurrence symbolique des règlements. Le légicentrisme n'a donc pas été totalement réalisé. De plus, sous la Révolution, se maintiennent des règles du droit coutumier ou du droit romain dans certains domaines du droit privé. Ces règles auraient dû disparaître au profit du développement de la loi. Elles se sont maintenues principalement à cause de l'échec des codifications. Ce triomphe de la loi que voulaient les révolutionnaires ne s'est pas traduit par des règles uniquement élaborées par la loi.

Pour ce qui est de l'héritage juridique, pendant très longtemps, le droit de la révolution était appelé droit intermédiaire. Cela revient à dire que c'est un droit de transition entre l'AR et le code civil, on fait souvent référence à l'échec des projets de codification et au fait que beaucoup de lois de droit privé votées sous la révolution ont été de courte durée.

L'expression de droit intermédiaire a beaucoup été employée au XIX^e et début XX^e à une époque où on voulait faire de la Révolution une sorte de parenthèse politique, un épisode éphémère et insignifiant au regard de l'histoire du droit sur la longue durée. Ce discours sur le droit intermédiaire est très lié à une conception critique de la Révolution qui veut réduire le poids de cette période dans l'histoire politique française.

Dire que le droit de la révolution est un droit intermédiaire revient à nier l'utilisation du droit révolutionnaire dans le code civil. Pourtant, force est de constater que le code civil a utilisé des éléments issus de la révolution, comme la laïcisation du mariage et de l'état civil, le maintien du divorce ou de la majorité à 21ans etc...

D'autre part, le code civil a conservé d'autres principes même si il en a atténué les effets ou les applications. Par exemple pour ce qui est du droit des succession, le code civil admet le droit de l'enfant naturel mais diminue la part successorale de cet enfant. De la même manière, le code civil proclame le principe de l'égalité successorale mais permet au père d'avantager un enfant par une donation. On peut donc dire que la législation révolutionnaire a eu une influence sur la codification même si elle n'a pas été reprise en bloc.

Certains historiens considèrent qu'il faut insérer le consulat et l'empire dans la révolution.

Section III : Les codifications du XIX^{ème} siècle et leur devenir

Le XIX^{ème} siècle est traversé par un mouvement européen de codification qu'on trouve en France avec l'œuvre de Napoléon qu'il propage en Europe par l'intermédiaire de ses conquêtes militaires. Le mot code a des sens assez différents : on parle du code de Justinien ou du code théodosien. Ces codes sont des recueils de lois impériales. Ils tiennent leur nom de leur présentation matérielle : ces recueils n'étaient pas écrits sur des rouleaux de papiers russes, mais composés sur des feuilles reliées entre elles qui formaient un livre qu'on nommait codex, (sens propre : la planche sur laquelle on écrit).

Ces codes romains étaient des compilations qui systématisaient le droit impérial. Ces codes n'étaient ni exhaustifs ni novateurs : dans le code de Justinien, il n'y avait pas tout le droit applicable, seulement les lois impériales. D'autre part, l'objectif n'était pas de réformer mais de compiler le droit. Ces deux aspects (exhaustif et novateur) deviennent au XIX^{ème} siècle les critères de la réformation d'un code. Cette nouvelle approche du code est directement liée aux aspirations légicentristes du XVIII^{ème}.

La question de l'exhaustivité signifie que la codification doit rassembler dans un seul recueil tout le droit applicable à une matière juridique. Ce qui n'est pas dans le code n'existe pas juridiquement. Cela vise à organiser cette conception d'un droit unique.

L'idée de réformation au XVIII^{ème} va avec l'idée de rupture. On réclame un droit nouveau qui soit en rupture avec les pratiques anciennes qui étaient jugées arbitraires et inégalitaires. Un droit universel commun à tous les hommes qui ferait table rase avec le passé juridique. Cette idée va être reprise sous la forme d'une utilisation du droit ancien remodelé pour être conforme aux idées nouvelles. En ce sens, les codes du XVIII^{ème} sont un droit nouveau parce qu'il est orienté vers une finalité nouvelle.

Le mot codification apparaît en 1815 chez Bentham, un philosophe anglais, il désigne un corps complet de législation. Cette codification a été réalisée par Bonaparte en France dans le cadre d'un régime très autoritaire, mais pour servir de fondement à une société nouvelle et garantir la stabilité politique. Pour Napoléon, il s'agit donc de terminer la révolution et ramener la paix sociale. En ce sens, le code civil a été conçu pour être l'instrument de cette paix sociale.

A. La codification napoléonienne

Le code civil de 1804 a été le plus important et le plus prestigieux des codes de Bonaparte. Outre le code civil, Bonaparte, a fait procéder un code de procédure civile en 1806, un code de commerce en 1807, un code d'instruction criminelle en 1808, et enfin un code pénal en 1810. Ces différents codes ont été élaborés sur des durées relativement longues : entre 5 et 7 ans, c'est-à-dire que tous les projets sont mis en chantier dès 1800. Ces codes suscitaient beaucoup moins l'intérêt de l'empereur que le code civil dans lequel Bonaparte s'est beaucoup investi.

Le code de procédure civile concerne une matière très technique et austère qui n'a pas retenu particulièrement l'attention de Bonaparte, il est donc pour la plus grande partie empruntée à l'ordonnance civile de Louis XIV qui date de 1667. Pour ce qui est du code de commerce, le droit commercial a été conçu comme un droit d'exception par rapport au droit commun constitué par le code civil. Cette option choisie par les codificateurs s'inscrit dans un débat pour savoir si le droit commercial a une existence autonome ou si il est une partie du droit civil. Au début du XIX^{ème}, les codificateurs font du droit commercial une partie du droit civil, et ce code de commerce n'intéresse pas beaucoup les juristes. Le projet du code de commerce est donc éclipsé par celui de code civil. Le code de commerce a donc un contenu déjà obsolète à sa publication.

Les règles du code de commerce sont modifiées régulièrement après 1807, notamment sur le droit de la

faillite, qui est inutile. La faillite est un fléau parce que la plupart sont frauduleuse. Le code de commerce de 1807 ne permet pas de lutter contre les faillites frauduleuses. Ce régime de la faillite est modifié régulièrement à partir des années 1838-1840. De la même manière, le code de commerce ne dit rien sur le droit des sociétés, or ces sociétés se développent (surtout avec la 2ème RI), et aucun droit ne leur est applicable. Ce code n'a donc laissé aucune trace positive.

Le code d'instruction criminelle (CIC) était au départ conçu comme un élément d'un code plus vaste qui aurait englobé le droit pénal et la procédure pénale. La séparation a eu lieu au cours de l'élaboration, parce que beaucoup de débats techniques ont été soulevés, en particulier sur la question du juge d'instruction qui a été supprimé par la révolution puis rétabli par le CIC. Un autre point a fait débat : la question du jury, notamment en matière criminelle. La révolution avait instauré un jury d'accusation et un jury de jugement. Il a fallu décider de les conserver ou non. À l'issue des débats, seul le jury de jugement a été conservé. Le juge d'instruction prend la place du jury d'accusation. Ces questions ont soulevé des débats très techniques, et il a apparut le CIC.

Le code pénal est très répressif, et choisit l'approche utilitariste de la peine qui consiste à miser sur l'exemplarité de la sanction, qui doit avoir une valeur dissuasive. L'option prise en 1810 rompt donc avec l'approche des révolutionnaire qui était fondée sur le caractère rétributif et d'un amendement du coupable. Le code de 1810 accentue donc la célérité des peines. Il y a un abandon du système des peines fixes qui avait été organisé par la révolution. Ce système avait été soutenu notamment par Beccaria qui considérait que la seule manière de lutter contre l'arbitraire des juges était de l'empêcher de moduler la peine, l'objectif était d'atteindre cette égalité arithmétique. Cette idée est abandonnée dans le code pénal, et désormais le juge peut moduler la peine et le code fixe un maximum et un minimum. La modulation des peines va devenir l'individualisation de la peine, l'idée de Salaigne au début du 20è. C'est l'idée que dans cette fourchette de sanction, le juge adapte la peine à la situation et à l'individu. Cette notion d'individualisation de la peine est devenue depuis 1914 celle de personnalisation de la peine : non seulement le juge tient compte des circonstances, mais en plus on fait intervenir la personne pour adapter le châtiment. Il y a l'idée d'une peine sur mesure.

Dans tous ces codes, à part le code de commerce, il y a des compromis entre le droit ancien et le droit de la révolution. On retrouve dans tous ces codes l'idée de transaction, c'est pourquoi on dit que Bonaparte a fait œuvre transactionnelle : il a voulu réunir les apports du droit ancien et ceux de la révolution. Cette idée de transaction se trouve à l'œuvre en particulier dans le code civil.

B. Le Code civil

1) L'élaboration du code civil

a) La commission de rédaction du code civil

Dès le lendemain du coup d'état de Bonaparte, deux commissions en charge de l'élaboration d'un projet de code civil sont créées. Elles sont dirigées par un avocat, Jacqueminot. Les projets de cette commission restent inachevés, une nouvelle commission législative est constituée le 13 août 1800 (24 Thermidor an VIII). Elle comporte 4 membres qui sont nommés par le 2nd consul, Cambacérès, ce sont tous des avocats ou des praticiens choisis à la fois pour leur expérience et pour leur conviction politique, ce sont des conservateurs qui se sont tous raliés à Bonaparte. Tronchet, Portalis, Bigot et Malville ;

Tronchet était avocat au parlement de Paris, Portalis était avocat à celui de Provence, Bigot à celui de Bretagne puis de Paris et Maleville à celui de Bordeaux. Ces quatre juristes tendent à représenter à la fois les pays de coutume et ceux de droit écrit. Ces quatre hommes ont été récompensés par Bonaparte pour leur travail. Tronchet est devenu président du tribunal de Cassation puis du Sénat, Portalis est devenu conseiller d'état, puis ministre des cultes, Bigot a remplacé Portalis à ce poste à sa mort en 1807. Maleville quant à lui est devenu sénateur. Ces grands juristes sont politiquement des modérés.

Certains juristes excellents ont été écartés comme Merlin de Douai, qui était conventionniste.

b) Le processus d'élaboration du Code civil

Ce processus s'est fait en quatre phases :

-le travail de la commission : ce travail a été rapide puisque la commission est créée en août 1800, et en janvier 1801, un projet est présenté. La commission a utilisé les 3 projets de Cambacérès pendant la révolution, et le projet inachevé de Jacqueminot. Le projet de la commission comprend 2509 articles répartis en 4 livres : un livre préliminaire sur les principes généraux du droit, un livre premier sur les personnes, un livre II sur les biens, et un livre III sur la propriété. Ce projet est précédé d'un discours préliminaire de Portalis dans lequel il expose les objectifs et les intentions de la commission.

-le passage devant les tribunaux : pour recueillir l'observation des juges. Le projet est soumis aux magistrats et les observations faites reflètent à la fois les opinions politiques des magistrats et leur attachement plus ou moins fort aux principes de la révolution. Le Tribunal de Cassation, où siégeait Merlin le Douai, demande que soit inséré dans le code civil des dispositions sur l'adoption, et que soit élargies les causes de divorce.

Inversement, les tribunaux du midi se montrent beaucoup plus attachés aux traditions de l'ancien droit. Ils réclament une extension de la liberté testamentaire. À la révolution, le testament est critiqué comme un signe du despotisme des pères. De la même manière, ils critiquent le régime légal en matière matrimoniale, qui est l'origine de communauté de biens. Dans le midi, on pratiquait le régime dotal.

-la présentation au Conseil d'Etat : le Conseil d'Etat est une institution créée par Napoléon et imite le conseil du roi de l'AR. Ce Conseil d'Etat examine tous les projets de loi, donc ceux du code civil. Dans le Conseil d'Etat, il y a d'anciens députés de la convention qui sont eux aussi politiquement opposés à la commission. Les sections législatives qui examinent le projet réclament souvent un maintien des réformes de la révolution, en particulier dans le droit de la famille (insertion de l'adoption par ex).

Cela donne suite à un **examen en assemblée plénière par le Conseil d'Etat**, qui a duré trois ans. Durant cette phase, Bonaparte a présidé les séances très régulièrement, sinon Cambacérès s'en chargeait.

Bonaparte s'est beaucoup investi personnellement dans la préparation du code civil et a beaucoup participé aux débats. On voit sa marque dans beaucoup de dispositions sur le droit de la famille. → renforcement de l'autorité du chef de famille, idée de rétablir l'ordre dans la société à travers l'ordre dans les familles. Il s'est également montré favorable à l'adoption -que lui même envisageait, au divorce -il pensait que c'était empêcher la mainmise du droit canonique sur le mariage, garantir le caractère civil. Bonaparte intervient donc souvent, et la plupart de ses interventions visent à arbitrer les désaccords entre les partisans du droit ancien et ceux du droit de la révolution. Ses interventions ont donc permis de donner une certaine cohérence à l'ensemble du code civil.

-la présentation du projet devant le tribunal : dans la C de l'an VIII, le tribunal est chargé de discuter les projets de loi, et pas de les voter. Dans les institutions du consulat, le tribunal est la seule assemblée dotée d'un pouvoir de critique et de discussion. C'est à l'occasion du vote du code civil qu'il utilise ce pouvoir pour des motifs plus politiques que juridiques. Le texte du projet de code civil est découpé en 36 projets qui correspondent aux 36 titres du code. Ils sont présentés devant le tribunal qui émet plusieurs avis négatifs, si bien que ces projets ne sont pas votés, d'où une réaction de Bonaparte qui, par la C de l'an X, réforme le tribunal (élimine les opposants). Ainsi, le vote du code a lieu en 1804.

Le code est donc promulgué par la loi du 30 Ventôse an XII (31 mars 1804). Le code civil ainsi promulgué abroge la totalité du droit ancien, et ne conserve le droit de la révolution que lorsqu'il est conforme au code civil. Le droit civil codifié représente la totalité du droit civil en vigueur. En ce sens, la codification est exhaustive.

2) Le contenu du code civil

Dans la version finale, le code Napoléon comporte 2281 articles, et toutes ses dispositions se veulent une synthèse juridique entre les traditions anciennes et le droit de la révolution.

a) L'esprit général du code

Sur la forme, la présentation du code Napoléon suit le modèle des grandes ordonnances royales des XVII-XVIIIème siècle, c'est-à-dire une division de la matière en livres, titres, chapitres, sections et articles. Le plan général reprend celui des Institutes de Gaius (en trois parties), mais il est modifié sous l'influence des droits naturels et notamment de Leibniz. Ce plan ne suit donc pas exactement celui de Gaius, qui divisait le droit civil entre les personnes, les choses et les actions. Le code civil retient les personnes, les biens, et ajoute à la place des actions la propriété.

Ce plan présente deux inconvénients : d'abord, il y a beaucoup de disproportion entre les 3 livres, puisque le

livre III comporte 1571 articles, ce qui fait plus que le total du livre I (509) et II (195). Ensuite, l'intitulé du livre III est très large, d'où sa taille, puisqu'il est « Des différentes manières dont on acquière la propriété ». On trouve donc des dispositions sur des successions, des donations, mais aussi sur les régimes matrimoniaux, et sur les contrats et les obligations. Ce qu'on met sous le titre de propriété recouvre des situations extrêmement diverses.

Sur le fond, le code réalise une œuvre transactionnelle (Portalis, discours préliminaire). Il s'agit donc de concilier la diversité de l'ancien droit et du droit de la révolution. Pour concilier les deux composantes de la société française. D'un côté, ceux attachés à l'ancien droit (ordres sociaux et privilèges), et de l'autre, ceux attachés aux idéaux de la révolution (individualisme et égalitarisme). Il ne s'agit donc pas de faire table rase du passé comme le voulaient les révolutionnaires, mais de prendre le meilleur de l'ancien droit et de celui de la révolution.

Pour choisir dans l'ancien droit, les rédacteurs du code civil ont utilisé d'une part le droit commun coutumier, et d'autre part les travaux des romanistes des XVII-XVIIIème siècles, en particulier les constructions doctrinales de Daumas et Pothier. ¼ des articles sont puisés directement dans le travail de Pothier. Sur ces apports du droit ancien, les rédacteurs ont ajouté des éléments empruntés aux deux grands principes juridiques de la constituante : l'égalité civile et la propriété individuelle. Le code a aussi conservé le principe révolutionnaire du légicentrisme.

Le légicentrisme est la base même de la codification, c'est donc un principe qui sert de cadre général au code civil. Mais le légicentrisme du code Napoléon est moins rigide que celui de la révolution. Notamment parce que le droit coutumier subsiste à titre subsidiaire, en particulier pour ce qui concerne le droit rural, qui fait l'objet de pratiques trop disparates pour être codifiées (il le sera en 1955). De plus, la jurisprudence qui avait disparue sous la révolution est réhabilitée, et considérée comme un complément nécessaire à la loi.

Dans son contenu, l'esprit du code civil est donc une conciliation.

b) Les grandes lignes du droit privé

On va retrouver ce mélange entre droit ancien et droit de la révolution, par exemple pour ce qui concerne le droit des personnes et le droit de la famille. Tout ce qui concerne l'état civil est emprunté à l'ancien régime, mais le code civil renforce le principe de sécularisation issu de la révolution. Le mariage reste un contrat, le divorce est donc admis, mais les causes en sont réduites (on supprime le divorce pour incompatibilité d'humeur), et le divorce se prononce devant un juge. De la même manière, l'adoption est maintenue mais seulement pour les majeurs parce que l'adoption est conçue comme un moyen de transmettre le nom et la fortune. La puissance paternelle est rétablie sur le modèle de l'ancien droit, c'est-à-dire que le père peut faire emprisonner ses enfants mineurs, et les parents autorisent le mariage jusqu'à l'âge de 25 ans (majorité à 21ans).

Pour ce qui est du mariage, le régime légal est celui de communauté, qui était celui du droit commun coutumier, et le code civil généralise l'incapacité de la femme mariée. Dans le droit des successions, le code civil proclame l'égalité des héritiers, mais atténue ce principe en réhabilitant par exemple les donations et les testaments sur le modèle des ordonnances du chancelier d'Aguesseau. La contradiction est encore plus flagrante dans l'institution des majorats que Bonaparte a créée.

Les majorats sont le droit pour un individu de transmettre à l'aîné de ses descendants masculins un titre de noblesse et les biens attachés à ce titre. Ils ne sont pas à l'origine dans le code Napoléon, ils sont créés en 1806 quand Napoléon crée la noblesse impériale. En créant une nouvelle noblesse, Napoléon rétablit l'inégalité successorale, le droit d'aînesse.

Ces majorats s'inspirent des substitutions. C'est l'institution technique par laquelle on transmet un bien à un héritier à charge pour lui de le transmettre plus tard à un autre héritier. C'est donc une façon de rétablir ces substitutions et donc de renoncer à l'héritage révolutionnaire égalitaire. Le principe d'égalité successorale n'est maintenu que pour les successions ab intestat (sans testament), et uniquement pour les enfants légitimes. Les enfants naturels peuvent hériter, mais avec une part réduite.

Ce droit de la famille dans le code Napoléon est donc très contradictoire, du fait qu'il s'agit de concilier des traditions très opposées.

S'agissant du droit des obligations et du droit des biens, le code civil forme un ensemble plus cohérent, et la plupart des articles sont empruntés à Daumas et Pothier, et par leur intermédiaire, certains principes du droit romain sont passés dans le droit français, comme l'article 1134 du code civil qui affirme l'autonomie de la volonté. C'est une conception du consensualisme, qui est une invention du droit romain transmise par Pothier et Daumas dans notre droit positif.

Pour ce qui est du droit de la propriété, le code civil mélange des aspects du droit romain et du droit de la révolution. La propriété est présentée article 544 comme un droit absolu, ce qui est un emprunt à Pothier. Beaucoup d'articles du code protègent la propriété individuelle, et montrent la défaveur du code pour la division et la copropriété. Le code civil organise donc la propriété individuelle contre la conception de l'ancien droit fondée sur les propriétés collectives et simultanées.

3) L'avenir du code civil

Ce qui frappe dans la codification napoléonienne, c'est la longévité des codes que Napoléon avait voulu comme des masses de granite. Parmi tous ces codes, c'est le code civil qui était pour Napoléon une sorte d'aboutissement, qu'il voulait parfait, éternel.

Ce code a subsisté après la chute de Napoléon sous le nom de code civil, et ses dispositions ont été conservées sous la monarchie. La restauration a abrogé en 1816 le divorce, qui a été rétabli en 1884.

Pour ce qui est des autres codes, le code de commerce a été dépassé dès sa promulgation, il a subi un processus de décodification précoce. Dès le milieu du XIXème siècle, plusieurs grandes lois notamment sur les sociétés commerciales sont votées, et

ces lois ne sont pas intégrées au code de commerce. Il y a eu en 2000 une recodification du code de commerce, aux résultats médiocres.

Le code d'instruction criminelle est remplacé par un code de procédure pénale en 1958, le changement d'appellation traduit un changement de perspective sur la matière elle-même : on ne parle plus de droit criminel mais de droit pénal. Le droit criminel se place du point de vue du crime, le droit pénal de celui de la sanction. Parler de droit pénal, c'est consacrer le principe de la légalité des peines. Parler de droit criminel, c'est consacrer le principe de la légalité des délits.

Le code pénal est lui aussi modifié en 1994. Et le code de procédure civile en 1976.

Code de commerce excepté, les codes ont donc eu une grande longévité. Aucun de ces codes n'a cependant égalé la stabilité et la longévité du code civil. Ce dernier est l'œuvre la plus stable de toutes les codifications napoléoniennes, et de ce fait, il a été le départ de tout un travail juridique réalisé par la doctrine. Au 19ème, le code civil est le seul texte juridique qui soit commenté par la doctrine et enseigné dans les fac de droit. Les facs de droit sont créées en 1808 à partir des anciennes écoles de droit supprimées par la révolution, les professeurs y enseignent uniquement le code civil. Ces cours de code civil reprennent la vieille méthode des glossateurs, qui consiste à lire le code à haute voix et faire une explication littérale de chaque article.

La formation des juristes dure trois ans, et pendant cette formation, il y a donc des cours basés sur les 5 codes. Puisque la doctrine est composée de professeurs de droit, son travail est identique, la doctrine consiste en une étude littérale de la loi pour en fixer le sens et la portée. Pour enrichir cette étude littérale, la doctrine se sert de la comparaison avec les autres articles des codes et des travaux préparatoires (notamment le travail de Portalis).

Tout ce travail représente une exégèse (grec -explication). C'est une méthode pratiquée principalement par ceux qui lisent et interprètent la Bible, cette méthode se retrouve dans l'école de l'exégèse qui critique la manière d'analyser le code civil qui est pour eux un texte sacré. On critique le légicentrisme étroit des 1ers commentateurs du code civil.

Les principaux participants de l'école de l'exégèse sont Toullier, Jourdan, La boulaye, Demolombe, Troplong. Ces juristes sont des grands noms de la pensée juridique au début du XIXème, ce sont eux qui enseignent ou travaillent sur le code civil. Certains d'entre eux comme Troplong, sont positivistes et se concentrent sur le seul code. D'autres utilisent le droit comparé, ou la jurisprudence pour interpréter le code. Dans l'ensemble, tous ces juristes suivent très exactement le plan du code civil. Les seuls dissidents sont Aubry et Rau en 1839, ils publient un cours de droit civil, et la nouveauté de ce cours est qu'il ne suit pas le plan du code mais rassemble la matière autour de principes généraux.

À la fin du XIXème siècle, un nouveau courant apparaît et conteste la fascination pour le code civil de l'école de l'exégèse : l'école scientifique. Cette dernière élargit le champ de l'étude du droit (et donc de l'enseignement) à des matières non-codifiées : le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit du travail, le droit commercial, l'histoire du droit. Les grands civilistes du début du XXème siècle sortent de l'analyse du seul code pour s'intéresser aussi à la coutume, à l'économie ou encore à la sociologie. C'est le cas par exemple de Gény, Planiol ou Ripert, qui

recherchent l'intention du législateur en se fondant sur l'utilité et l'équité pour adapter le code aux besoins nouveaux. Cette école scientifique s'émancipe donc de la seule lecture des codes.

À cette période, les critiques sur le code civil deviennent beaucoup plus nombreuses, notamment en ce qui concerne le droit de la famille et des successions. On voit à ce moment des réformes importantes dans ces deux domaines notamment, comme le rétablissement du divorce (1884), l'adoption des enfants mineurs en 1881, la suppression de l'incapacité de la femme mariée, l'augmentation des droits successoraux des enfants naturels etc...

Par conséquent, ce code civil, que l'on croyait immuable, fait face à des mutations profondes de la société qui appellent une réforme du code. C'est la raison pour laquelle une procédure de révision du code civil est engagée en 1945, et elle est réactivée en 1960. La commission de réforme du code civil est présidée par Jean Carbonnier, qui procède à une refonte complète du droit de la famille, la ligne directrice étant le principe d'égalité. Cet esprit égalitaire renoue avec les principes révolutionnaires.

La commission Carbonnier organise l'égalité entre époux dans les régimes matrimoniaux, qui se traduit par une série de lois entre 1965 et 1985. Cette égalité est aussi à l'origine de la transformation de l'autorité paternelle en une autorité parentale en 1970, et par l'égalité successorale entre enfant légitime et naturel en 1972. La dernière grande réforme est l'élargissement du droit sur les divorces en 1975, notamment avec l'élimination de l'adultère comme cause pénale.

Ces lois très importantes et nouvelles sont intégrées dans le code civil. Ce processus qui consiste à intégrer une nouvelle législation dans un code est celui de consolidation du droit. Cette consolidation a pour but de stabiliser le droit. En réalité, depuis ce train de réforme, il y en a eu d'autres qui rompent l'unité du code. On voit bien que la famille est une institution qui change constamment depuis une 40aine d'années. Les réformes Carbonnier ont été seulement une étape.

D'autres pans du droit civil mériteraient d'être recodifiés, en particulier ce qui concerne les contrats et la propriété. Dans ces 2 domaines, il y a une inflation législative et réglementaire qui produit un effet de décodification. Le problème est la question de l'articulation entre les nouvelles normes et le code.

Ce que Napoléon voulait figer pour l'éternité était certainement une réalisation d'ampleur, mais le code civil au sein de la société ne peut pas être immuable.

C. La codification hors de France

Au XIX^{ème} siècle, le mouvement de codification touche toute l'Europe, principalement à cause de l'influence du modèle français qui est diffusée ou imposée par les conquêtes militaires de Napoléon. Cependant, certains pays comme l'Allemagne ou l'Angleterre ont résisté à la codification, pour des raisons différentes.

1) La diffusion du modèle français

Cette diffusion s'est faite grâce à l'expansion militaire de l'empire. On a ainsi imposé le droit français codifié dans les territoires conquis. Par conséquent, le code civil a été appliqué dans plusieurs pays d'Europe : Belgique, Suisse, une partie de l'Allemagne, Hollande, Italie, Pologne...

Le droit français a été imposé par Napoléon en vertu de sa conception jacobine, centralisée de l'État. Le code civil n'a pas été reçu dans un processus harmonieux, mais a été imposé. De ce fait, lorsque l'Empire s'est effondré en 1814, le code civil a été abandonné quasiment partout, sauf en Belgique. Pour autant, même si son application a été éphémère, son application intellectuelle a été très profonde, et beaucoup d'États devenus indépendants se sont inspirés du code civil français pour leur propre codification. Ça a été le cas pour l'Italie en 1865, l'Espagne en 1889, la Hollande en 1838. La dispersion du code civil s'est faite aussi outre mer par le biais de la colonisation. Le code a été appliqué dans l'océan indien, notamment à la Réunion ou à l'île Maurice, mais aussi du côté Atlantique en Haïti ou en Louisiane, et également en Égypte. D'anciennes colonies espagnoles comme le Chili ou l'Argentine ont utilisé le modèle français pour leur codification. Le modèle français a même influencé le modèle ottoman au milieu du XIX^{ème}.

Le code civil a donc eu une influence mondiale, même au delà de l'Europe, et à la fin du XIX^{ème}, le Japon a fait appel à Emile Boissonade, un français, pour participer à l'élaboration du code civil.

2) Les résistances au modèle français

Certains pays ont organisé leur codification de manière indépendante, comme l'Autriche en 1811. Cette élaboration avait commencé quelques années avant, et s'inspire beaucoup plus du droit romain que du français. Il y a aussi des pays qui ne sont pas sensibles au principe même de la codification, comme l'Angleterre. La nature même du droit anglais est incompatible avec la notion de codification : le droit anglais est un droit de commonlaw, donc jurisprudentiel qui est très difficile à codifier. Il existe quelques codes en GB, notamment un code de la vente en date de 1893 remanié en 1979. Il s'agit là d'une consolidation du droit et non pas d'une réformation.

Certains philosophes anglais comme Bentham étaient favorables à une codification, mais la culture juridique anglaise est étrangère, voire hostile à ce concept qui ne correspond pas à l'esprit du Commonlaw.

Le cas de l'Allemagne est intéressant, parce qu'il représente une véritable résistance politique et intellectuelle au modèle français de codification. En 1814, l'Empire Napoléonien disparaît, et avec lui l'application du droit français. Se pose alors la question de savoir s'il est nécessaire de codifier le droit allemand. Trois solutions sont envisagées :

- garder le droit français comme droit commun, puisque l'Allemagne est divisé politiquement et juridiquement en 1814
- rédiger un code allemand
- rédiger des codes propres à chaque état d'Allemagne

Dans ce combat, deux juristes aux conceptions très différentes s'affrontent. Le premier est Thibaut, qui prône un code inspiré du modèle français. Il se veut l'héritier des conceptions juridiques des Lumières, notamment de l'école du droit naturel. Cette école dit qu'il y a des règles juridiques intemporelles et universelles. Ces règles, il faut les exposer et les systématiser dans un code, de cette manière, elles seront enracinées dans la société. Pour Thibaut, le code est la garantie du maintien et de la protection du droit naturel.

Face à lui, l'autre grand juriste est Savigny, qui meurt en 1861. Il est le fondateur de l'école historique allemande, et cette école considère que par nature, le droit est incompatible avec la codification. En effet, quand Savigny parle de codification, il raisonne sur le modèle du code civil français. Il est très critique à l'égard de ce code, et y voit un assemblage mécanique de traditions anciennes et de droit de la révolution. Cet assemblage a selon lui été fait de manière trop rapide, et dans l'ignorance du droit romain. En réalité, le principal reproche que Savigny adresse au code civil, c'est qu'il refléterait la volonté despotique, l'ambition impérialiste, de Napoléon d'imposer le même droit à toute la France mais aussi à toute l'Europe. → uniformiser les peuples dans un droit unique. Or, selon Savigny, le droit est un fait culturel enraciné dans la conscience collective de chaque peuple. Savigny parle d'un droit populaire, le Volksrecht, qui s'exprime dans la coutume.

Au fil du temps, ce Volksrecht est devenu plus complexe et au lieu d'émaner directement du peuple, il a été produit par des juristes, des spécialistes, et est donc devenu un droit de juriste, un juristenrecht, la doctrine. Cette doctrine a permis d'améliorer le droit et de le systématiser. Pour Savigny, la coutume et la doctrine sont donc les deux composantes du droit. Dans ce contexte, la codification est inutile, et même dangereuse puisqu'elle risque d'étouffer ou de figer le droit.

Pour autant, Savigny conçoit qu'il faut une unité juridique. Plutôt que d'unifier le droit avec la codification, il faut s'en remettre à la science du droit. Il s'agit de cette dimension savante du droit qui s'appuie sur la réflexion des juristes, mais aussi sur l'exemple du passé, il faut se servir de l'histoire. Savigny pense que le meilleur exemple d'un droit à la fois populaire et savant est le droit romain. Savigny étudie les compilations de Justinien dans une œuvre qu'il intitule Système du droit romain actuel en 8 volumes, publiée en 1840 et 1849. Dans cette œuvre, Savigny veut faire du droit romain un droit applicable au XIXème siècle. Le droit romain permettrait donc de trouver des outils d'unification de l'ensemble du droit allemand.

Sa méthode d'analyse s'inspire des humanistes français du XVIIIème, notamment de Cujas, un représentant du mos-gallicus, qui cherchait à reconstituer le droit romain authentique par une analyse historique. Savigny veut faire un droit applicable, et il systématise donc le droit de Justinien auquel il ajoute les commentaires des Glossateurs du Moyen Age.

Cette étude majeure de Savigny a donné naissance aux deux grands courants de la doctrine allemande au XIXème siècle :

-**le Pandectisme**, l'étude du droit romain comme droit positif (pandectes -le Digeste, par extension les Compilations de Justinien)

-**le Germanisme**, au contraire, étudie le droit allemand non romain qui est présenté comme une sorte de droit authentique

Cette pensée de Savigny s'oppose à l'idée d'un droit naturel universel et permanent, et à l'idée de codification parce que cette dernière stérilisait le droit. Savigny reproche à la codification de produire un droit qui n'a pas besoin de commentaire, qui se finit à lui même.

Cette critique de Savigny a retardé la codification en Allemagne pour au moins 1 siècle, le Burgerliches Gesetz Buch est entré en vigueur en 1900. Ce code civil allemand a été très influencé par la doctrine pandectiste, parce qu'il s'enracine dans le droit romain, notamment dans le travail de Savigny, le BGB reprend beaucoup de ses idées sur les obligations, la propriété ou les personnes. Ce code civil est très représentatif de l'attachement du code à cette notion de science juridique qui insiste sur la caractère savant, abstrait du droit. Une fois qu'il a été promulgué, ce code a concurrencé puis finalement détrôné le code civil français comme modèle de codification.

Le BGB a été certainement un modèle concurrent qui a inspiré un grand nombre de pays comme le Japon en 1898, le code civil Suisse de 1907, du Brésil en 1916, et les deux codes turcs de 1926-1929.

Chapitre 5 : La jurisprudence

Dans son sens premier, la jurisprudence est la science du droit, c'est la doctrine. C'est le sens retenu par le droit romain, l'ancien droit français, et de beaucoup de pays d'Europe comme l'Italie dans leur vocabulaire moderne. En France, la jurisprudence est l'ensemble des règles de droit qui émanent des juges et plus respectivement, des Cours suprêmes. Cela correspond à ce que l'on appelait dans l'AD la jurisprudence des arrêts.

A priori, ces deux sens sont opposés. En réalité, les arrêts des tribunaux sont commandités par la doctrine, qui sert d'argument pour les avocats, qui eux même se répercutent sur les jugements des tribunaux. Historiquement, la jurisprudence apparaît au XVIème siècle mais ne devient source du droit qu'au XIXème.

Section I : La jurisprudence dans l'Ancien Droit

La jurisprudence apparaît véritablement au XVIème. Avant, il y des tribunaux qui rendent des jugements, mais ces jugements ne servent qu'à prouver l'existence d'une coutume. La coutume appliquée par un tribunal est considérée comme notoire, le jugement n'a pas par lui même de force contraignante.

Pour les droits savants, un jugement n'a d'autorité que s'il se fonde sur les lois, conformément à ce que prône le droit romain tardif. Ce ne sont que des applications de la loi. Les droits savants n'étudient jamais les arrêts pour la valeur juridique de la sentence. Tous les juges agissent en délégation d'autorité du roi, ils n'ont pas de réelle autorité indépendante. Pour autant, certaines juridictions ont développé des outils de jurisprudence et ont joué un grand rôle dans la formation de théories juridiques dont certaines ont eu une grande longévité.

A. Le rôle des parlements

1) Leur origine et leurs compétences

Les parlements sont des cours souveraines qui statuent en dernier ressort et sont placées au sommet de la hiérarchie des tribunaux. Le premier parlement est celui de Paris créé au XIIIème siècle, suivi par d'autres parlements en Province à partir du XVème.

Les pouvoirs de ces magistrats sont très étendus, les parlements peuvent notamment juger en équité. Ils peuvent s'écarter de la règle de droit lorsque l'application stricte conduit à une injustice. De ce fait, ils créent des solutions juridiques nouvelles qui s'étendent aux juridictions inférieures. Cette activité créatrice repose sur le système du précédent.

Ces précédents ont d'abord concerné la procédure. Ils étaient rassemblés dans des recueils qu'on appelait des Styles. Les juristes étudiaient ces recueils et s'intéressaient à la procédure mais aussi au contenu de ces décisions. Quand plusieurs arrêts prenaient la même décision, on voyait se créer une coutume judiciaire qui pouvait être alléguée devant des tribunaux par les plaideurs et les avocats. Parmi toute l'activité des parlements, une catégorie d'arrêt avait une autorité particulière : les arrêts de règlement. Ces derniers étaient parfois rendus lors d'un procès →

nature judiciaire, ou en dehors → nature réglementaire.

Ces décisions étaient à caractère général et comblaient les lacunes du droit ou l'adaptait aux conditions locales. Ces arrêts étaient applicables à l'ensemble des justiciables du ressort d'un parlement. Ces arrêts étaient véritablement créateurs de droit et concernaient le droit privé, puis la police -ordre public. Par ces arrêts, les Parlements disposaient d'une compétence normative, ils édictaient des règles juridiques qui comblaient les vides de la coutume ou de la loi.

2) Les créations jurisprudentielles des parlements

On en retiendra deux exemples :

-la **notion de rapt de séduction**, qui a permis d'annuler les mariages de mineurs conclus sans le consentement des parents. C'est sur la base du non-consentement du mineur que c'est annulé, même si en réalité ce sont les parents qui ne voulaient pas. C'est une ingérence du juge dans une affaire privée, mais elle est faite au nom de la notion d'ordre public liée au fait que la loi exige le consentement des parents pour le mariage de leurs enfants.

-**Arrêt du Parlement de Paris de 1551**, qui porte sur la question de la révocation des donations. Tout d'abord, il a opposé deux frères dont l'un était le juriste Dumoulin. Ce dernier avait décidé de consacrer sa vie au droit, il a donc fait donation de tous ses biens à son frère. Quelques années plus tard, il s'est marié et a eu des enfants. S'est alors posé la question de savoir ce qu'il lui restait pour ses enfants. Cependant, une donation est un acte irrévocable. Le Parlement a proclamé le **principe de la révocabilité des donations** pour survenance d'enfant. Cette règle, qui est une création du Parlement est dans l'article 960 du code civil.

B. Les limites à l'autorité de la jurisprudence

Ces limites sont de deux ordres : il y a tout d'abord la persistance du pluralisme juridique. Elle est liée d'abord au fait qu'il y a plusieurs parlements qui appliquent les droits locaux. Par ailleurs, ces parlements n'ont pas tous la même interprétation des sources qu'ils appliquent. Les solutions sont donc différentes voire divergentes selon les régions.

Par ailleurs, les arrêts de l'Ancien Régime ne sont pas motivés en droit, et ils ne sont pas publiés. Ils sont archivés par les Parlements dans des registres, mais ces registres ne sont pas accessibles aux juristes. De ce fait, les praticiens élaborent eux-même leurs recueils d'arrêt : ils assistent aux audiences et notent les décisions des juridictions. Ces praticiens se nomment des arrêtistes, le plus ancien d'entre eux étant Jean Lecoq à la fin du XIV^e. Au XV^e, on distingue Guy Pape qui réunit les arrêts du Parlement de Grenoble, puis Jean Papon qui publie un recueil notable des Parlements de l'ensemble du royaume. Pour le Parlement de Paris, au XVII^e et XVIII^e sont créés deux journaux : le Journal du Palais et le Journal des Audiences.

Sont aussi élaborés par les arrêtistes des dictionnaires des arrêts, l'un des plus importants au XVIII^e étant celui de Brillon (1727). Ils publient aussi des collections de commentaires juridiques, et la principale est celle de Denisart en 1754 La Collection des décisions nouvelles.

Ces travaux présentent un effort de comparatisme et un effort de synthèse. Le principal défaut de ce travail des arrêtistes est qu'il ne donne jamais l'intégralité des arrêts, simplement des résumés avec un commentaire souvent bref, et des citations souvent fausses.

Ce n'est donc pas vraiment une source fiable pour connaître les sources de jurisprudence. C'est un travail de doctrine dans lequel on nous donne l'interprétation personnelle de l'arrêtiste.

La deuxième raison pour laquelle l'autorité de la jurisprudence est limitée est politique. En effet, les Parlements interprètent le droit, mais le problème se pose lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi royale. Les Parlements, à partir du XVI^e, prétendent contrôler l'interprétation des lois royales sur le fond, et non pas seulement sur la forme qui est en principe leur compétence unique.

Louis XIV interdit l'interprétation de la loi dans l'Ordonnance Civile de 1667. Cette ordonnance dispose qu'en cas d'obscurité de la loi, les Parlements doivent s'adresser au roi. Le problème est que cette disposition n'a pas été appliquée, et les Parlements interprètent la loi royale et en font un outil d'opposition politique à la royauté. Cet enjeu lié au travail de la jurisprudence a limité l'autorité de la jurisprudence, puisque les décisions du Parlement sont principalement politiques, et n'ont aucune unité.

Dans l'ancien droit, la jurisprudence est donc une source du droit de plus en plus abondante, même si elle est limitée dans son développement.

Section II : La jurisprudence à l'époque contemporaine (à partir de la Révolution)

Sous la Révolution, ce mouvement de développement de la jurisprudence est stoppé net. La Révolution est marquée par le triomphe de la loi : la loi est parfaite, donc elle est appliquée mécaniquement par des juges élus et qui n'ont pas besoin d'être des juristes. L'idée même que le juge puisse interpréter la loi est écartée. Pour être sur qu'ils ne le fassent pas, les constituants vont voter une loi : la **loi des 16 et 24 août 1790**. Cette loi instaure deux techniques :

- la **motivation des arrêts**, obligatoire pour s'assurer que les arrêts sont conformes à la loi. Un arrêt comporte un visa qui cite la loi applicable. → syllogisme juridique
- la **technique du référé législatif**, qui reprend l'idée de l'ordonnance civile, à part que l'interprétation de la loi obscure reviendra au législatif : l'assemblée législative

Ce que vise la loi de 1790, ce sont les arrêts de règlement, en référence directe aux Parlements d'ancien régime qui comblaient les lacunes du droit par ces arrêts de règlement. On retrouve cette interdiction d'arrêt de règlement article 5 du Code Napoléon. Seule le législatif crée du droit. Le pouvoir judiciaire n'est qu'une modalité du pouvoir législatif.

Cependant, en même temps que la Révolution adopte cette position de légicentrisme, elle crée en 1790 une institution décisive pour l'essor de la jurisprudence : le Tribunal de Cassation. La technique de cassation existait déjà dans l'AR, et elle dépendait du conseil du roi. Le tribunal de Cassation est établi auprès du corps législatif, autrement dit ce Tribunal est conçu non pas comme une institution indépendante mais comme un auxiliaire du législatif. À partir du directoire (1795), le tribunal de cassation se rend indépendant du pouvoir législatif, et se livre à un véritable travail d'interprétation de la loi qui va progressivement assurer le renouveau de la jurisprudence au XIX^e.

La Révolution a donc voulu éliminer la jurisprudence, non seulement elle n'y est pas parvenu mais elle a même posé les bases de son développement futur. De ce fait, avec le code civil, la jurisprudence réapparaît et connaît à la fin du XIX^e un essor considérable.

A. Le renouveau de la jurisprudence

Les rédacteurs du code civil ne sont pas hostiles à la jurisprudence, Portalis y voit même un complément nécessaire à la loi. Par conséquent, on assiste à un renouveau de l'activité des tribunaux qui tient à quatre facteurs :

- le Code civil donne au juge le pouvoir et même l'obligation d'interpréter la loi (article 4), en conséquence logique de la suppression des référés législatifs en 1800. On a donc quitté l'ultra-légalisme pour encourager les tribunaux à participer à l'interprétation du code ;
- une loi de 1837 qui décide qu'en cas de désaccord persistant entre la Cour de cassation et les juridictions de fond, la Cour de Renvoi doit suivre la décision de la Cour de cassation en chambres réunies. Avant, la Cour de Renvoi devait s'adresser au chef de l'État. Une véritable jurisprudence de la Cour de cassation qui s'engage sur la voie de véritables créations juridiques va alors se développer ;
- la motivation des arrêts est imposée en 1790. L'exigence est reprise dans une loi de 1810 qui fixe la forme actuelle des décisions ;
- le travail de la doctrine : les professeurs de droit ont accès à la jurisprudence grâce à la multiplication des revues qui publient les arrêts et des commentaires critiques de ces arrêts. On voit apparaître à partir de 1850 la note d'arrêt.

Le rôle de la jurisprudence reste controversé : pour une partie de la doctrine, la jurisprudence reste une « servante de la loi ». Il reste une méfiance à l'égard de l'autorité excessive des arrêts car l'appréciation des faits ne doit pas l'emporter sur la lettre de la loi. D'autres auteurs soutiennent la fonction créatrice de la jurisprudence, c'est le cas des frères Dalloz, qui font de la jurisprudence le flambeau de la législation. Ledru-Rollin, lui aussi défend la jp en disant qu'elle ne vise pas seulement à commenter la loi mais aussi à la commenter. On voit se créer dans certaines universités, des cours de jp. L'idée du rôle créateur de la jp s'installe donc lentement avec beaucoup de réticence.

B. L'essor de la jurisprudence

A partir de la fin du XIX^e, les tribunaux font évoluer le droit, parfois contre la loi grâce à des créations purement prétoriales. Cet essor est lié à plusieurs explications : une première est liée au fait que les juges sont désormais des professionnels (depuis le début du XIX^e), ils sont donc nommés et leur indépendance est garantie par leur inamovibilité. Corrélativement, les magistrats se sont écartés de la vie politique. Il y a eu notamment en 1883 une épuration massive dans le monde des juges, consécutive à la victoire définitive des républicains.

Le dernier facteur qui explique ce phénomène est l'élargissement des cas de contrôle de la Cour de cassation. Ces cas ne sont plus limités à la violation de la procédure ou à la contravention expresse à la loi. À partir du milieu du XIX^e, la Cour de cassation intervient par exemple en cas de violation de la loi du contrat. Désormais, cette Cour joue donc un rôle essentiel pour l'adaptation du droit à la société.

Il existe trois exemples de ces créations jurisprudentielles :

- dans le champ du droit administratif, la **théorie des principes généraux du droit** (les règles non écrites du droit) est consacrée par la jp du CE.
- dans le champ du droit privé, la **notion d'abus de droit**. Elle a été utilisée en premier lieu par la jp pour atténuer la conception absolue de la propriété. Elle est invoquée dans l'arrêt Clément-Bayard de 1915. Cette arrêt pose le principe selon lequel l'usage de la propriété privée est abusif si il vise à nuire à autrui. Cette notion a aussi été utilisée à la fin du XIX^e pour les licenciement abusifs.
- dans le champ du droit civil, la question de la **responsabilité du fait des choses**, avec l'arrêt Teffaine de 1896 qui pose ce principe en dehors de toute faute. → article 1384 al 1 Cciv. Cet arrêt a permis d'indemniser les victimes d'accident du travail causés par des machines, et les victimes d'accident de voitures. C'est ce qui deviendra au XX^e la responsabilité objective de l'arrêt Jand'heur de 1930 : présomption de responsabilité.

Ces constructions montrent qu'à partir de la fin du XIX^e, la jurisprudence est une véritable source du droit.

Plan de cours :

INTRODUCTION	3
§1 La diversité des systèmes juridiques	3
A) Les droits fondés sur la loi	4
1) La France	4
2) L'Allemagne	4
B. Les droits fondés sur la jurisprudence	5
§2 La diversité des définitions du droit	6
A. Étymologie	6
B. Légalisme contre pluralisme	7
C. L'apport du droit Romain	8
1) La définition globale du droit	8
2) La définition romaine du juste	8
Chapitre 1 : Le socle romain	9
Section 1 : Les principales caractéristiques du droit romain	10
A. Un droit enraciné dans la pratique	10
B. Un droit de classification	10
1) Le droit naturel	11
2) Le droit des gens	11
3) Le droit civil	11
C. Un droit imprégné de christianisme	12
Section II : Les deux monuments de la culture juridique romaines	12
A. La Loi des XII Tables	12
B. Les compositions de Justinien	14
Section III : La romanisation du droit en Gaule	14
A. Le pluralisme juridique mérovingien	15
1) Cadre général	15
2) Les diverses lois applicables	16
a) Les lois d'inspiration romaine	16
b) Les lois « barbares »	17
B. Les Carolingiens, et la tentative d'unité	18
1) Le projet politique	18
2) La mise en œuvre juridique de cette unité	18
a) La systématisation des lois personnelles.	19
b) Les lois générales	19
Chapitre 2 : Le droit coutumier entre le XI et le XVIII ème siècle	20
Section I : La coutume au Moyen Age (IXème au XIVème siècle)	21
A. Le pluralisme des groupes sociaux	21
B. La diversité des coutumes territoriales	21
1) La formation du droit coutumier	21
2) La stabilisation du droit coutumier	22
a) Les familles de coutumes	22
b) La rédaction des coutumes	23
Section II : La coutume dans l'Ancien Régime (XVI –XVIIIème siècle)	24
A. La rédaction officielle des coutumes	24
1) La rédaction proprement dite	25
2) La réformation des coutumes	25
B. Les conséquences de la rédaction des coutumes	25
1) La consolidation du droit coutumier	26
2) La naissance d'une doctrine coutumière	26
Chapitre 3 : Les droits savants	27
Section I : La redécouverte du droit romain	27
A. Les Glossateurs	28
1) Les maîtres et leurs élèves	28
2) La méthode des glossateurs	28
3) L'apparition des universités	29

B. Les commentateurs	29
C. Les humanistes	30
1) le courant scientifique	31
2) Le courant pratique	31
3) Le courant dogmatique	32
Section II : Le droit canonique	33
A. Les sources du droit canonique	33
1) Les sources primitives	34
2) Le corpus iuris canonici	34
a) Le décret de Gratien	34
b) Les décrétales	35
B. L'apport du droit canonique	36
1) Le mariage	36
a) Les empêchements à mariage	36
b) La nature juridique du mariage	36
Chapitre 4 : La loi	37
Section I : Le roi et la loi	37
A. L'émergence d'un pouvoir législatif	37
1) La loi jusqu'au XII ^{ème} siècle	37
2) Les changements à partir du 13 ^{ème} siècle	38
B. La législation d'Ancien Régime	38
1) La théorisation du pouvoir législatif au XVI ^{ème} siècle	38
2) Le développement de l'activité législative	39
C. La loi et le droit dans la pensée juridique moderne	40
1) L'évolution de la notion de droit naturel	40
2) Les théories du Contrat Social	41
a) Thomas Hobbes (1588-1679)	41
b) John Locke (1632-1704)	42
c) Jean Jacques Rousseau (1712-1778)	42
Section II : La loi sous la Révolution	43
A. Le monopole législatif	43
1) L'affirmation de la suprématie de la loi	43
a) Le pouvoir législatif dans les institutions publiques de la révolution	43
b) La DDHC du 26 août 1789	44
2) Les tentatives de codification	45
B. Les nouveaux principes juridiques instaurés par la Révolution	46
1) La laïcité	46
2) L'individualisme	47
a) Le droit de la famille	47
b. Le droit de propriété	47
c) L'égalitarisme	48
C. Un bilan de la période révolutionnaire	49
Section III : Les codifications du XIX ^{ème} siècle et leur devenir	50
A. La codification napoléonienne	50
B. Le Code civil	51
1) L'élaboration du code civil	51
a) La commission de rédaction du code civil	51
b) Le processus d'élaboration du Code civil	51
2) Le contenu du code civil	52
a) L'esprit général du code	52
b) Les grandes lignes du droit privé	53
3) L'avenir du code civil	54
C. La codification hors de France	55
1) La diffusion du modèle français	55
2) Les résistances au modèle français	55
Chapitre 5 : La jurisprudence	57
Section I : La jurisprudence dans l'Ancien Droit	57
A. Le rôle des parlements	57
1) Leur origine et leurs compétences	57

2) Les créations jurisprudentielles des parlements	58
B. Les limites à l'autorité de la jurisprudence	58
Section II : La jurisprudence à l'époque contemporaine (à partir de la Révolution)	59
A. Le renouveau de la jurisprudence	59
B. L'essor de la jurisprudence	59